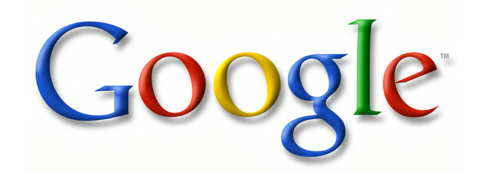
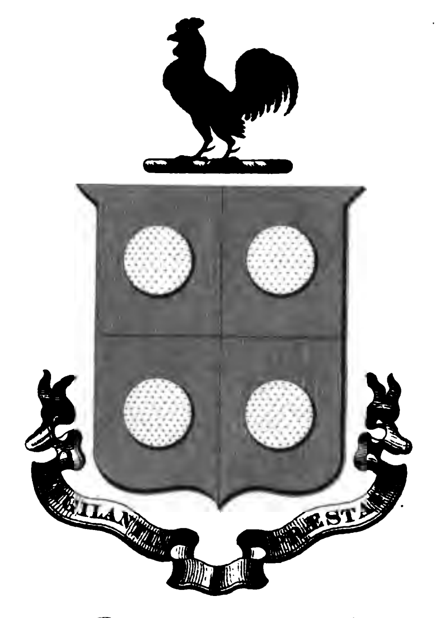


Ex Libris



Brinton Coxe.

Germany

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
Geheimem Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Siebenzehnter Theil.

Neue unveränderte Ausgabe.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1868.

Rec. June 4, 1902

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Lib. XVIII. Tit. V.

De rescindenda venditione, et quando liceat ab emtione discedere.

§. 1026.

Ursachen der Aufhebung eines Kaufs. I. Nichtigkeit. Wirkung der Ratihabition bei einem ungiltigen Kaufe.

Ein Kauf kann aus mancherlei Ursachen aufgehoben werden [1]),

I) aus dem Grund der Ungiltigkeit, d. i. wenn es bei demselben an einem gesetzlichen Erforderniß fehlt, ohne welches der Handel nicht gelten kann; der Mangel betreffe die Form oder die Substanz desselben. Jedoch kann die Ungiltigkeit des Geschäfts durch die nachher erfolgte Ratihabition oder erklärte Zustimmung der Interessenten gehoben werden, und zwar nicht blos in dem Falle, wenn der Grund der Nichtigkeit desselben in dem Mangel der freien Einwilligung, z. B. wegen Be-

1) S. *Aug. Christoph.* Wilke Diss. de causis contractum perfectum rescindentibus. *Altorfii* 1740. *Chr. Ignat.* L'oiron Diss. de rescissionibus et nullitatibus emtionis venditionis. *Argentorati* 1785. und Westphal's Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe 2c. Kap. XI. S. 579. ff.

trugs oder Furcht oder Irrthums lag, sondern auch, wenn die persönliche Unfähigkeit des einen Contrahenten den Handel ungiltig machte. Es muß nur die Genehmigung in dem Zustande der Freiheit oder nachher eingetretenen persönlichen Fähigkeit, und überhaupt unter veränderten Umständen erfolgen, wenn sie zu jenem Zwecke Statt finden soll[2]). Ob sie durch einen von neuem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen erfolgt, ist an sich gleichgiltig. Das Geschäft wird dann von Zeit der Genehmigung an rückwirkend giltig[3]). Eben diese zurückwirkende Kraft findet auch in dem Falle Statt, wenn die Genehmigung eines Dritten zur Giltigkeit nöthig war[4]). Zuweilen kann aber selbst der Mangel der Form durch Ratihabition desjenigen geheilt werden, welcher den Handel als nichtig hätte anfechten können. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Grundstück eines Minderjährigen ohne Dekret der Obrigkeit verkauft worden ist, und derselbe nach erlangter Großjährigkeit den Handel genehmigt, oder, welches einer stillschweigenden Genehmigung gleich zu achten ist, denselben in fünf Jahren anzu-

2) Weber Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. Dabelow Handbuch des heut. gemeinen röm. deutschen Privatrechts 1. Th. §. 146. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. Th. §. 110.

3) *L. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. L. 7. pr. Cod. ad SCtum Macedon. L. 25. in fin. Cod. de donation. inter vir. et uxorem. Aemil. Lud.* HOMBERGK zu Bach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. *Marburgi* 1745. Cap. I. §. 38—40.

4) Arg. *L.* 16. §. 1. *D. de pignorib.*

fechten unterläßt [5]). War hingegen der Handel, ohne Rücksicht auf persönliches Verhältniß der Contrahenten, oder auf die Form, den Gesetzen schlechterdings zuwider, so kann er, so lange das Verbot besteht, durch keine Genehmigung der Contrahenten giltig werden [6]); und hört auch nachher das Verbot auf, so kann das Geschäft, bei fortdauerndem Willen der Contrahenten, nur als ein ganz neues bestehen, und ohne zurückwirkende Kraft [7]).

§. 1027.

II. Ursachen der Rescission eines giltigen Kaufs.
A. *Mutuus dissensus.*

Es kann aber auch II. ein an sich giltiger Kauf wieder aufgehoben werden, wenn eine gerechte Ursache dazu vorhanden ist. Eine solche Ursache kann nun entweder a) in einem angehängten Vertrage liegen, z. B. wenn das pactum displicentiae, oder addictionis in diem, oder die lex commissoria dem Kaufe beigefügt worden ist, oder b) in der Natur des Contracts. Dahin gehört

A) der alle Consensualcontracte aufhebende gegenseitige Dissens, oder der Vertrag, wodurch die Contrahenten mit einander übereinkommen, daß der unter ih-

5) *L. 2. Cod. Si maior factus rat. hab. L. 3. C. Si maior factus alienat. fact. sine decreto rat. hab.* HOMBERGK zu Vach Diss. cit. Cap. II. §. 17 — 24.

6) Weber a. a. O. §. 127. S. 561. Man sehe auch den 13. Th. dieses Commentars §. 850 S. 377 — 379.

7) Arg. *L. 65. §. 1. D. de ritu nupt.* Schweppe a. a. O. §. 110.

nen geschlossene und noch von keinem Theile erfüllte Handel nicht gelten solle.

L. 58. *D. de pactis.* Ab emtione, venditione, conductione caeterisque similibus obligationibus, quin, integris omnibus, *consensu eorum, qui inter se obligati sint*, recedi possit, dubium non est.

L. 5. §. 1. *D. h. t.* Emtio *nuda conventione* dissolvitur, si res secuta non fuerit.

L. 80. *D. de solutionib.* Prout quidque contractum est, ita et solvi debet. Ut quum re contraxerimus, re solvi debet. — Aeque quum emtio vel venditio, vel locatio contracta est, quoniam *consensu nudo* contrahi potest, etiam *dissensu contrario* dissolvi potest.

L. 35. *D. de div. reg. iur.* Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur; *nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

Durch den mutuus dissensus wird nun, je nachdem die Partheien sich vereinigt haben, entweder der ganze Handel oder nur ein Theil desselben wieder aufgehoben. Z. B. es soll nur die Bedingung, unter welcher der Contract war geschlossen worden, nicht gelten, oder der Handel in Ansehung einer von Mehreren zugleich verkauften Sache aufgehoben seyn.

L. 6. §. 2. *D. de contrah. emt.* Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest; sicuti etiam abiri tota emtione

potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt.

L. 4. *D. h. t.* Si emtio contracta sit togae (puta) aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat puto resolvi obligationem huius rei nomine duntaxat[8]).

Die simple Einwilligung beider Theile ist jedoch in jedem Falle hinreichend, sie mag erklärt seyn, auf welche Art sie wolle; auch stillschweigend, durch Schließung eines neuen Contracts, ehe noch der erste vollzogen war; ja selbst die Acceptilation, wodurch nur ein Theil dem andern seine Verbindlichkeit erlassen hatte, galt hier doch in Kraft einer den Handel aufhebenden Convention.

L. 2. *D. h. t.* Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emtione. Potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emtio, quasi nulla praecesserit; sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum, emtione repetita; cum post pretium solutum infectam emtionem facere non possumus.

L. 5. *D. eodem.* Cum emtor venditori, vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, *ac si convenisset inter*

8) Das Gesetz spricht zwar nur von mehreren alternativ verkauften Sachen, es gilt aber unstreitig auch von mehreren zusammen verkauften Sachen, wie schon Westphal vom Kaufe §. 822. ganz richtig bemerkt hat.

eos, ut neuter ab altero quidquam peteret. Sed ut evidentius appareat, *acceptilatio* in hac causa *non sua natura*, sed *potestate conventionis* [9]) valet.

Es galt jedoch der gegenseitige Dissens nach dem römischen Rechte nur als ein pactum nudum. Eine neue klagbare Verbindlichkeit ward dadurch nicht begründet. Wenn daher der noch unerfüllte erste Handel unbedingt war abgeschlossen worden, so ward er durch einen zweiten bedingten Handel nicht aufgehoben, wenn übrigens der Kaufpreis der vorige blieb. So erklärt sich

L. 7. pr. D. h. t. Si id, quod pure emi, *sub conditione* rursus emam, nihil agitur posteriore emtione.

Wäre bei dem zweiten Handel ein neuer Preis bestimmt worden, es sey nun entweder ein höherer oder geringerer, so hätte er als ein neuer Kauf gegolten [10]).

9) Nach der Formel der Acceptilation wäre hier nur der eine Theil von seiner Verbindlichkeit befreiet worden; allein da die bona fides conventionis nicht erlaubte, daß der andere Theil aus dem Contracte verbunden blieb, *L. 50. D. de act. emt. et vend.*, so zog hier die Befreiung des einen auch die Befreiung des andern Theils nach sich. *L. 23. D. de acceptilat.* Cum locatio, conductio, emtio, venditio conventione facta est, et nondum res intercessit: utrimque per acceptilationem, *tametsi ab alterutra parte duntaxat intercessit*, liberantur obligatione. S. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. p. 87) und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad. h. L.

10) *L. 72. pr. D. de contr. emt.*

Ausserdem galt er auch nicht als Nebenvertrag, wenn gleich die Bedingung zur Wirklichkeit kam [11].

Uebrigens wird durch die bloße Einwilligung beider Theile der abgeschlossene Kauf so aufgehoben, als ob er gar nicht wäre eingegangen worden. Hiermit erlöschen denn auch alle Nebenbedingungen des Contracts, und auch der Bürge wird seiner Verbindlichkeit entledigt.

L. 3. *D. h. t.* **Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est, si emtor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit: an nuda voluntate resolvatur obligatio? JULIANUS scripsit, ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. An autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum. Et puto, *liberato reo et fideiussorem liberari.***

L. 95. §. *ult. D. de solutionib.* **Si inter emtorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emtione dis-**

11) *Iac.* CUJACIUS in Iul. Paulo ad h. L. Tom. III. *Oper.* pag. 1054. Westphal a. a. O. §. 793. HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 685. glaubt zwar, es solle hier blos der Satz ausgedrückt werden, daß man die nämliche Sache nicht zweimal kaufen und verkaufen könne, wenn die Contrahenten die nämlichen sind, und diese den animus novandi, d. i. die Absicht, den ersten Kauf aufzuheben, nicht deutlich erklären. Nam animus novandi non praesumitur. *L. ult. C. de novat.* Allein ich glaube nicht, daß Paulus daran gedacht habe.

cedatur, *fideiussor* eo nomine acceptus, soluto contractu liberabitur.

L. 8. Cod. de pactis inter emtor. et vend. compos. Tempore contractus inter emtorem et venditorem habitam conventionem integram servari, *si ab ea posteriore pacto non recedatur*, certum est.

Soll jedoch ein giltig geschlossener Kauf durch den mutuus dissensus wieder aufgehoben werden, so wird vorausgesetzt,

1) daß die Einwilligung beiderseits giltig erklärt sey. Hat also ein Pupill mit Vollwort seines Vormunds einen giltigen Handel geschlossen, so ist die Aufhebung, die er ohne Zustimmung des Vormunds mit dem anderen Contrahenten verabredet hat, ohne alle Wirkung, und der Handel bleibt von beiden Seiten giltig. Es ist also hier nicht so, wie bei der Schließung eines Handels. Dieser würde auch ohne vormundschaftliche Autorität wenigstens als ein hinkendes Geschäft den Mitcontrahenten verpflichten, ob er schon gegen den Pupillen selbst keine Klage begründet. Allein die ohne des Vormunds Autorität geschehene Aufhebung eines giltig geschlossenen Contracts befreiet auch nicht einmal den Pupillen von seiner Verbindlichkeit. Denn es stimmt mit der bona fides nicht überein, einen giltig geschlossenen Contract auf eine solche Art aufzuheben, daß der andere Theil daraus zu seinem Schaden verbunden bleibt. Dieß scheint mir der wahre Sinn der Worte des Paulus zu seyn, wenn er *L. 7. §. 1. D. h. t.* sagt:

Si pupilli persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit,

quamvis venditor iam ei obligatus fuit, tamen, quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint. Quod si ante tutoris auctoritas intervenerit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emtione. Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emtione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant[12]). *Sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emtio sit contracta, vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.*

Cujaz[13]) will zwar die Entscheidung dieses Gesetzes blos auf den Fall einschränken, wenn der Verkäufer den Käufer aus Irrthum für mündig gehalten hätte, und erklärt daher die Worte: *et maxime* durch sed tum tantum. Ihm stimmt auch Westphal[14]) bei. Allein daß der Satz: die Aufhebung des Kaufs durch einen Pupillen ohne Zustimmung des Vormunds ist ohne Wirkung, und veranlaßt auch nicht einmal ein hinkendes Geschäft, in

12) Hat nämlich ein Pupill ohne Autorität seines Vormunds einen Handel geschlossen, so kann zwar nur er daraus klagen, aber nicht der Verkäufer; klagt jedoch der Pupill als Käufer auf die Uebergabe der Sache, so kann der Verkäufer die Sache so lange retiniren, bis der Kläger das Kaufgeld bezahlt hat. S. Pothier Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. c.

13) Iul. Paulus ad h. L. Tom. II. *Oper.* pag. 1055. edit. *Fabrott.*

14) Vom Kauf. §. 796.

dem Gesetz ganz allgemein ausgesprochen sey, liegt klar vor Augen, und ist von Anton Faber[15]) und Bartholomäus Chesius[16]) überzeugend dargethan worden. Zwar waren selbst die römischen Rechtsgelehrten hierüber nicht vollkommen einverstanden. Aristo z. B. auch Celsus behaupteten, es sey zwischen der Schließung und Aufhebung des Contracts kein Unterschied, auch letztere könne so geschehen, daß ein Theil dabei verbunden bleibe. Celsus glaubte sogar, wenn ein filiusfamilias eine zum peculio profectitio gehörige Sache verkauft, und der Vater nachher allein mit dem Käufer paciscirt hätte, daß der Contract nicht gelten solle, so werde zwar dieser befreiet, allein der Sohn bleibe als Verkäufer verpflichtet. Pomponius lehrt jedoch, daß man die Meinung des Aristo verworfen habe, und modificirt auch die Meinung des Celsus, wie aus folgender Gesetzstelle erhellt:

L. 1. *D. h. t.* CELSUS filius putabat: si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem, etiamsi conveniat, ut abeatur ab ea venditione, *inter patrem et filium et me convenire debere*: ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari: et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus? Sicuti si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam, qui cum eo pactus est. Nam quod ARISTO dixit, *posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est ve-*

15) Rational. in Pand. ad h. L.

16) Differentiar. iuris. Cap. IV. (in *Iurispr. Rom. et Attica* Tom. II.)

rum: *quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non possit;* et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur, non valere eiusmodi pactionem: *sed dicendum est, patre paciscente, et liberato adversario, filium quoque obiter liberari.* So wie ich die Stelle verstehe, weicht hier Pomponius von der Meinung des Celsus und Aristo ab. Celsus behauptete, der Kauf, welchen ein filiusfamilias über eine zu dem peculium profectitium gehörige Sache mit einem Dritten geschlossen hatte, könne ohne des Sohns Einwilligung durch einen zwischen dem Vater und dem Käufer allein eingegangenen Vertrag nicht wieder aufgehoben werden. Der Vertrag komme wenigstens dem Sohne nicht zu statten, sondern dieser bleibe verbunden. Nach dem strengen Recht ist gegen diesen Satz nichts einzuwenden. Denn Julian schreibt, wie Paulus *L.* 21. §. 2. *D. de pactis* sagt, wenn auch der Vater ausdrücklich paciscirt, daß weder von ihm noch von seinem Sohn Etwas gefordert werden solle, so helfe doch dem Sohne das pactum nichts, weil ich selbst einer solchen Person, die in meiner Gewalt ist, durch Verträge keinen Vortheil verschaffen kann. Soll also das pactum auch dem Sohne zu statten kommen, so muß er selbst darein willigen und also mit paciscіren. Allein der Grund, welchen Celsus von einem Pupillen hernahm, der ohne Autorität seines Vormunds durch Vertrag mit dem Mitcontrahenten einen giltig geschlossenen Kauf wieder aufgehoben hat, war offenbar nichtig. Denn die Meinung des Aristo, ein Contract könne unter den Contrahenten auf eine solche Art aufgehoben werden, daß ein Theil daraus verbunden bleibe, ist falsch; und ein solcher Vertrag nichtig. Es paßt

auch dieser Grund schon darum nicht, weil der Fall, wenn der Sohn mit einem Dritten einen Kauf geschlossen, und der Vater denselben ohne Zustimmung des Sohnes durch Vertrag mit dem Käufer wieder aufgehoben hat, von jenem Falle ganz verschieden ist. Hier bleibt der Sohn nach dem strengen Rechte verbunden. Pomponius modificirt daher die Meinung des Celsus in so weit, daß er sagt, der Vertrag gelte zwar direct nur zwischen dem Vater und dem Käufer, aber per consequentiam, (so ist hier das Wort *obiter* mit Brisson zu erklären) komme er auch dem Sohne zu statten, nämlich in sofern, daß dieser sich mit der exceptio doli schützen kann, wenn er von dem Käufer daraus belangt wird, wie auch Paulus in der oben angeführten *L.* 21. §. 2. *D. de pactis* lehrt. Magis est, sagt er, ut *pacti exceptio* filiofamilias danda non sit, *sed doli prosit*[17]). So erklärt auch Ulrich Huber[18]) die Stelle des Pomponius, und es ist daher die von Westphal[19]) vorgeschlagene Aenderung der Leseart: *filium quoque ob id non liberari*, eben so unnöthig, als ungegründet die Hypothese des Anton Faber[20]), daß die Worte: sed dicendum est, patre pa-

17) Statt *sed doli prosit* liest zwar *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. *sed soli patri prosit*, allein ohne Grund, wie BACHOV in Prot. Pand. pag. 641. und *Io. Ger. Christ.* RÜCKER in Diss. ad L. 21. D. de pact. Cap. III. Sect. 3. (in OELRICHS *Thes. Diss. Belgicar.* Vol. I. T. I. pag. 303. sqq.) zeigen.

18) Eunomia Rom. ad L. 1. D. de rescind. vendit. pag. 684. sq.

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 795.

20) Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t.

ciscente, et liberato adversario filium quoque obiter liberari für ein Emblem des Tribonian zu halten sey.

2) Der Contract muß noch von keinem Theile erfüllt gewesen seyn, wenn er mutuo dissensu aufgehoben werden soll. Nach erfolgter Vollziehung durch Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kaufgeldes ist die simple Einwilligung nicht mehr hinreichend, sondern es muß ein neuer Contract geschlossen werden, und der Käufer muß die Sache an den Verkäufer zurückgeben, wenn dieser das Eigenthum der verkauften Sache wieder erlangen soll.

L. 1. *Cod. Quando liceat ab emt. disced.* Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem, interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Hatte einer von beiden Theilen schon den Handel seiner Seits ganz, oder auch nur zum Theil erfüllt, z. B. der Käufer hatte schon einen Theil des Kaufgeldes bezahlt, und nun wird die Aufhebung des Kaufs verabredet, so gibt ihm dieser Vertrag nach dem römischen Recht keine Klage, um dasjenige, was aus dem Kaufe bereits geleistet worden, zurückzufordern. Denn der mutuus dissensus ist nach dem römischen Rechte nur ein pactum liberatorium, und also ein pactum nudum, welches keine Klage wirkte. Zwar behauptete Aristo, wie Nera-

tius *L.* 58. *D. de pactis*[21]) anführt, wenn ich dasjenige, was ich als Verkäufer leisten mußte, geleistet habe, der Käufer aber mir den Kaufschilling noch schuldig ist; und wir nun hierauf den Vertrag geschlossen haben: wenn du mir alles von Waaren zurückgeben wirst, was ich dir geleistet habe, so sollst du den Kaufschilling nicht bezahlen, so sey der Käufer das Kaufgeld nicht mehr schuldig, wenn er die empfangene Waare zurückgegeben hat. Denn da hier blos auf Billigkeit gesehen wird, so ist es einerlei, ob wir, ehe noch ein Theil den Contract erfüllt hat, ausmachen, daß wir den Handel aufheben wollen, oder ob wir den Ver-

21) *Aristoni* hoc amplius videbatur: si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem, et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, *ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares;* tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere: quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. Nec quidquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, *ut ab eo negotio discederetur*: an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, *ne quid tu mihi eo nomine praestares.* Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id, quod actum est, perfici non potest, *ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris*: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. Man vergleiche über diese Gesetzstelle Bachovius advers. *Ant.* Fabrum de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCV. Err. 8. et 9. et Decade XCVI. Err. 1. et 2. und *Ger.* Noodt de pactis Cap. XI. *Oper.* T. I. pag. 512.

trag schließen, daß, wenn mir Alles zurückgegeben wird, was ich geleistet habe, auch der andere Theil mir nichts weiter schuldig seyn solle. Allein die Meinung des Aristo geht doch nur dahin, daß in Absicht auf die liberatorische Wirkung zwischen beiden Verträgen kein Unterschied sey, sondern der Käufer durch den einen eben so, wie durch den andern, von seiner Verbindlichkeit, und zwar ipso iure befreit werde. Adeo enim bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, sagt Ulpian *L.* 7. §.6. *D. de pactis*, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, re nondum secuta, posse abiri ab emtione.

Das hingegen konnte durch eine Convention, welche blos ein Geschäft wieder aufheben soll, nicht bewirkt werden, daß der andere Theil dasjenige, was ihm bereits aus dem Contracte geleistet worden, zurückzugeben verpflichtet werde. Denn hier ist es nicht blos die Absicht der Partheien, von dem vorigen Geschäfte abzugehen, sondern sie wollen zugleich eine neue Verbindlichkeit unter sich festsetzen, welches den Regeln bloßer Verträge entgegen war. Nach dem römischen Rechte kann daher blos auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden. Setzt nun der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, der Contract sey mutuo dissensu aufgehoben, so kann der Kläger diese Exception durch die replicatio doli entkräften, nämlich der Beklagte handle unredlich, daß er gleichwohl das Empfangene zurückzugeben sich weigere. Es gehört hieher folgende Gesetzstelle:

L. 2. *Cod. Quando liceat ab emt. disced.* Perfectam emtionem atque venditionem re integra tan-

tum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrhae nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare; sin vero partem pretii persolvisti, id ea, quam venditorem ex venditione oportet praestare, magis actionem (sc. *contractu quaesitam*) quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

Man erkennt zugleich aus diesem Gesetz, daß die gegebene Arrha die Aufhebung des Contracts durch gegenseitige Einwilligung nicht hindert. Denn diese gehört nicht zur Erfüllung des Contracts, und kann auf jeden Fall mit der condictio sine causa zurückgefordert werden.

Da jedoch heut zu Tage auch aufhebende Verträge klagbar sind, so hat es keinen Zweifel, daß jetzt nach aufgehobenem Contract, geradezu auf Zurückgabe dessen geklagt werden könne, was ein Theil von dem andern bereits aus dem Contract erhalten hat[22].

Es bleibt indessen der Unterschied, ob ein geschlossener Kauf re adhuc integra durch gegenseitige Einwilligung der Contrahenten aufgehoben, oder nach bereits geschehener Erfüllung ein neuer Kauf geschlossen wird, in mancher Hinsicht practisch. Denn wenn z. B. von dem verkauften Grundstück in Veräusserungsfällen eine Abgabe zu entrichten ist, so kann sie in dem ersten Falle gar nicht, in dem andern hingegen doppelt gefordert werden. Hat ferner der Gläubiger in den Verkauf der Hypothek

22) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 133. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. XLI. §. 3. Westphal vom Kaufe §. 797. Weber zu Höpfners Commentar über die Institut. §. 1000. Not. 3.

eingewilligt, so behält er sein Pfandrecht, wenn der Kauf nachher mutuo dissensu wieder aufgehoben wird[23]); dahingegen wacht sein Pfandrecht nicht wieder auf, wenn der Schuldner in der Folge durch einen neuen, mit dem erstern Verkauf in keinem Zusammenhange stehenden Handel wieder Eigenthümer der Sache wird, und ihm kein Dolus zur Last fällt[24]). Hellfeld nimmt zwar noch ein Beispiel vom Retract her, allein man sehe, was dagegen an einem andern Orte[25]) erinnert worden ist.

§. 1028.

B) Rescission des Kaufs wegen Verletzung über die Hälfte.

Ausser dem mutuus dissensus läßt sich B) noch ein anderer Rescissionsgrund aus der Natur des Kaufs, als eines zweiseitigen bonae fidei Contracts, ableiten, welcher darin besteht, wenn der eine oder andere Contrahent durch den Handel über die Hälfte verletzt worden ist[26]). Eine solche Verletzung, laesio enormis seu

23) *L.* 10. *pr. D. Quib. mod. pign.*

24) *L. ult. Cod. de remiss. pignor. L.* 8. §. 7. *et* 8. *D. Quib. mod. pignus.*

25) S. den 16. Theil §. 996. S. 196. ff.

26) *L.* 2. *et* 8. *Cod. de rescind. vendit. Cap.* 3. *et* 6. *X. de emt. vend. Casp.* ZIEGLER de laesione ultra dimidium justi pretii, ejusque actione ex L. 2. Cod. de resc. vendit. Discursus legalis. *Witemb. Arii* PINELLI ad L. 2. Cod. de resc. vendit. Commentar. *Coloniae* 1584. 8. et *Antw.* 1618. *Hug.* DONELLUS und *Hub.* GIPHANIUS ad L. 2. Cod. de resc. vendit. COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C de resc. vendit. *Heidelbergae* 1679. (in *Exercitat.* Vol. I. 36.)

ultra dimidium, ist vorhanden, wenn dasjenige, wa
ein Contrahent erhielt, nicht halb so viel werth ist, al
das, was er gab[27]). Ob sie schon nach dem älteren Rech
in Betracht gezogen worden sey, ist streitig. Viele[28]) be

Christ. THOMASII Diss. de aequitate cerebrina L. 11. C. de resc. vend. et eius usu practico. *Halae* 1706. *Io. God.* SCHAUMBURG Diss. de aequitate et usu practico L. 2. Cod. de resc. vend. *Vitemb.* 1725. *Io. Andr.* HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione in primis per testes caute instituenda. *Goettingae* 1747. *Io. Christ.* ZINDEL Diss. de laesione enormi contractus, et inprimis venditiones rescindente: praes. *Mich. God.* WERNHER def. *Erlangae* 1762. *Ioach. Ge.* DARIES Diss. de interpretatione et extensione L. 2. C. de resc. vendit. *Trajecti ad Viadr.* 1775. *Henr. God.* BAUER Termini L. 2 C. de resc. vendit. *Lipsiae* 1776. *Herm. Io.* LIEBAU Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. *Goettingae* 1782. *Ignat. Christph.* FREYBOTT Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enormem de se praecise rescindi ad illustrandam L. 2. C. de resc. vend. determinatur. *Wirceburgi* 1768. *Ge. Steph.* WIESAND de sensu atque applicatione L. 2. C. de resc. vend. in *Opuscul.* pag. 221. sqq. *Car. Gottfr.* FARES Specim. th. pract. exhibens remedium Legis 2. Cod. de resc. vendit. praes. *Io. Phil.* GREGEL. *Wirceburgi* 1798.

27) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs=Prozesses 3. Th. §. 131. S. 65. ff. Gmelin's und Elsäßers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 4. Band S. 249. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 197. und Ferd. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen §. 553.

28) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. pag. 304. sqq. *Io.* SCHILT

zweifeln dieses, und halten die Kaiser Diocletian und Maximian für diejenigen römischen Gesetzgeber, welche zuerst in der *L.* 2. *Cod. de resc. vend.* einen Kauf wegen der Verletzung im Preise anzufechten gestattet hätten. Soviel ist zwar gewiß, daß es dem Geist der Handlung und des gemeinen Verkehrs offenbar entgegenstreiten würde, wenn man hier immer eine genaue Gleichheit zwischen Waare und Preis beobachtet wissen wollte, so fern die Bestimmung des letzteren den Contrahenten überlassen ist. Denn das ist nun einmal Handelsgebrauch, daß der Verkäufer seine Waare so theuer, als möglich, zu verkaufen, und der Käufer für sein Geld so wohlfeil, als möglich, zu kaufen sucht. Dieses mißbilligen auch gar nicht die Gesetze, wenn nur kein Theil den andern betrogen hat, wie aus folgenden Stellen der Pandecten erhellet:

L. 16. §. 4. *D. de minorib.* Idem POMPONIUS ait, in pretio emtionis et venditionis *naturaliter* licere contrahentibus, se circumvenire.

L. 22. §. 3. *D. Locati.* Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter* concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

L. 23. *D. eodem.* Et ideo, praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 90. *Jo. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. w. und Schweppe röm. Privatrecht 2. Band. §. 393.

Justinian nennt das, was hier durch *naturaliter* ausgedrückt wird, *Nov. XCVII. cap.* 1. ἐμποριϰῶς, welches in der alten lateinischen Version durch negotiative, von Haloander und Homberg k aber zierlicher durch *ut in commerciis fieri solet*, sese mutuo circumscribere, übersetzt wird [29]). Mit Recht trugen daher die römischen Gesetzgeber Bedenken, um jeder Ueberheuerung willen eine Klage auf Rescission des Contracts zu gestatten, wenn sich auch der Verkäufer die Nothdurft des Käufers zu Nutze gemacht hatte, wie die in den Schriften der klassischen Autoren hin und wieder vorkommenden Beispiele beweisen [30]). Daß man indessen auch eine übermäßige Läsion unberücksichtiget gelassen haben sollte, läßt sich aus den angeführten Stellen der Pandecten keineswegs folgern, weil eine solche Ungleichheit mit der bona fides in Widerspruch steht [31]). Nam bono et aequo

29) S. *Jos.* Finestres Hermogenian. ad. L. 49. D. de act. emti et vend. pag. 471. sqq.

30) Plautus in *Mostellaria* Actu III. Sc. II. v. 113. *Si malae emtae forent, nobis istas redhibere haud liceret.* Seneca *de benefic.* Lib. VI. c. 15. Venditori nihil debet, *qui bene emit.* Der Ausdruck *bene* emere heißt hier nichts Anderes, als wohlfeil kaufen, so wie *male* emere theuer kaufen. S. Cujacius Observat. Lib. XXIII. c. 32. Eben dieser Seneca sagt *Controv.* 26.: Non possum domum habere, nisi hanc emero, nulla alia venalis est; hanc occasionem videt venditor, et premit, *non tamen hanc emtionem rescindes;* alioquin in infinitum calumnia excedet. S. *Rad.* Fornerius Rerum Quotidianar. Lib. II. cap. 20. (in *Thes. jur. Rom. Otton.* T. II. pag. 300. sqq.)

31) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Hactenus* pag. 411. Anderer Meinung ist Schweppe röm. Privatrecht 2. Band §. 394.

non convenit, sagt Pomponius *L.* 6. §. 2. *D. de iure dot.* aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Bei der aestimatio dotis, welche bekanntermaßen als ein Kauf angesehen wird[32]), mußte daher, wenn der Preis zu gering war, der Mann entweder das Fehlende zulegen, oder das Heirathsgut in Natur zurückgeben[33]). Zwar könnte man hier sagen, dieses habe auf einer besonderen Begünstigung des Heirathsguts beruht[34]); allein daß es doch auch ausser diesem Falle dem Richter bei den bonae fidei Contracten erlaubt gewesen seyn müsse, eine unbillige Läsion nach Befinden der Umstände zu emendiren, läßt sich aus der *L.* 2. *D. depositi* und *L.* 79. *D. pro socio* nicht undeutlich schließen[35]). Ja Viele[36]) glauben, daß diese Art der Verletzung schon unter der allgemeinen prätorischen Clausel begriffen gewesen sey. Wie groß indessen die Verletzung habe seyn müssen, wenn deshalb ein Handel wieder aufgehoben werden konnte, scheint Anfangs nicht gesetzlich bestimmt gewesen zu seyn, sondern es beruhete noch alles auf dem richterlichen Ermessen[37]). Die

32) *L.* 10. §. 5. *in fin. D. de iure dot.*

33) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.*

34) Nach *L.* 6. *Cod. Soluto matrim.* konnte sich jedoch auch der Mann bei der Schätzung des Heirathsguts über erlittene Läsion beschweren, und brauchte dann nichts mehr, als das pretium iustum zu restituiren.

35) S. *Em.* Merillius Observation. Lib. VI. cap. 16.

36) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Lienau Diss. cit. §. 2. Westphal vom Kauf. §. 802.

37) *Pet. de* Toullieu Collectanea iur. civ. Diss. XII. §. 1. *de* Cocceji c. l.

Kaiser Diocletian und Maximian gaben zuerst in der *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* durch die Bestimmung der Größe der Verletzung dem Richter eine bestimmte Vorschrift an die Hand[38]). Die Verordnung ist ein Rescript an einen gewissen Lupus, und lautet folgendermaßen:

Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris dixtraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. *Minus* autem *pretium* esse videtur, *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Dieselben Kaiser haben nachher nochmals bei einer anderen Gelegenheit diese Verordnung mit einer ausführlicheren Erläuterung wiederholt, nämlich durch ein Rescript an Evodia, welches die *L.* 8. *Cod. eodem* in folgenden Worten darstellt:

Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, *quod paulo minore pretio fundum venditum significas*, ad rescindendam ven-

38) Cujacius Observation. XXIII. c. 24. glaubt jedoch, es müsse diese Bestimmung schon vorher als Rechtsnorm bestanden haben, weil die *L.* 47. *D. de evict.* lehre, daß ein Kauf bis auf die Hälfte des wahren Werths nicht ungültig gewesen sey. Allein daß sich daraus kein sicheres Argument herleiten lasse, hat schon Schilter in Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 91. bemerkt.

ditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat, detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: *nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset; electione iam emtori praestita, servanda.*

Durch die Verordnungen der nachfolgenden Kaiser vor Justinian ward nun zwar Alles abgeändert, und der Grundsatz eingeschärft, daß ein gültig abgeschlossener Kauf nie aus dem Grunde allein, daß der Preis zu gering sey, solle angefochten werden können, wenn sonst kein Betrug dabei vorgegangen ist, wie die Verordnungen der Kaiser Constantin I. 39), Gratian, Valentinian und Theodos 40), nicht minder des Arcadius und Honorius 41)

39) *L.* 1. *Cod. Theod. de contrah. emt. vend.* Venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptionis violentia factam, rumpi minime decet. *Nec enim sola pretii vilioris querela, contractus, sine ulla culpa celebratus, litigioso strepitu turbandus est.*

40) *L.* 4. *C. Th. eodem.* Quisquis maior aetate, atque administrandis familiaribus suis curis idoneus compro-

beweisen. Wenn Westphal [42]) glaubt, es sey vielleicht damals das, was Diocletians und Maximians Rescript enthält, noch nicht im Gebrauch gewesen, oder man müsse diese neueren Verordnungen von einer Verletzung unter der Hälfte verstehen, so kann ich ihm weder in dem Einen noch in dem Andern beistimmen. Denn sicher war dieses Rescript in den Gregorianischen oder Hermogenianischen Codex, welche vorzüglich die Rescripte dieser Kaiser enthielten, aufgenommen. Beide Codices aber hatten gerichtlichen Gebrauch. Daß auch die Verordnungen der christlichen Kaiser nicht blos auf den Fall einer Verletzung unter die Hälfte zu beschränken sind, erhellet daraus, weil sie ganz allgemein reden [43]). Kaiser Justinian stellte jedoch die Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian wieder her, und nahm sie mit Hinweglassung, zum Theil auch Interpolation der ihnen entgegengesetzten Verordnungen [44]) in seinen Codex auf, und die Päbste bestätigten sie ebenfalls in ihren Decretalen [45]).

batus, praedia etiam procul sita distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, *pretii nomine vilioris*, copiam minime consequatur.

41) *L.* 7. *C. Th. eod.* Semel inter personas legitimas initus emti contractus et venditi *ob minorem adnumeratam pretii quantitatem* nequeat infirmari.

42) Vom Kaufe §. 154.

43) Man sehe *Iac.* Gothofredi Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de contrah. emt. Tom. I. Lib. III. Tit. 1. pag. 279. edit. *Ritter.*

44) Nämlich die *L.* 1. et *L.* 7. *Cod. Theod. de contrah.* emt. sind im Justinianischen Codex ganz weggelassen worden,

Nach den Verordnungen der Kaiser Diocletian und Maximian kann also ein Kauf wegen einer Verletzung im Werth dann angefochten werden, wenn eine Verletzung über die Hälfte erweislich ist, und diese besteht nach der Bestimmung derselben darin, wenn der Verkäufer noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths für die verkaufte Sache erhalten hat. Da aber beide Rescripte blos von dem Verkäufer reden, so entstehen zwei sehr streitige Rechtsfragen, welche hier näher zu erörtern sind. Es fragt sich nämlich,

I) ob auch der Käufer sich wegen einer Verletzung über die Hälfte beklagen könne? Erwägt man, daß nicht blos die beiden Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, sondern auch die dieselben aufhebenden späteren Verordnungen der christlichen Kaiser blos vom Verkäufer und dessen Läsion reden, und daß auch die Rubrik des Titels *de rescindenda venditione* im Just. Codex nicht so von ungefähr gefaßt zu seyn scheint, so läßt sich freilich nicht ohne Grund bezweifeln, ob dem Käufer ein gleiches Recht zu gestatten sey. Cujaz[46]) meint zwar, vor ihm habe Niemand daran gedacht, dem Käufer die Wohlthat der L. 2. abzusprechen. Allein darf man der Bemerkung des Mornac[47]) glauben, so war Carl Dü

offenbar aus keinem andern Grund, als weil sie der *L.* 2. *et* 8. *Cod. Iust. de resc. vend.* entgegen waren. Die *L.* 4. ist zwar in den Just. Codex aufgenommen, und ist *L.* 15. *C. h. t.* allein interpolirt. Statt pretii nomine villoris heißt es jetzt *paulo vilioris pretii nomine.*

45) *Cap.* 3. *et* 6. *X. et emtione et vendit.*

46) Observat. Lib. XVI. cap. 18. in fin.

47) Comm. ad L. 2. C. de resc. vendit.

Molin[48]) der erste, welcher dieses that. Johann Schilter[49]), behauptet sogar, daß auch schon vor Cujaz Franz Duaren[50]) gleicher Meinung gewesen sey. Allein er irrt: Duaren sagt nur: De emtore circumscripto nihil scriptum in iure civili comperimus. Nam rescriptum *Diocletiani* lex constitutiove non est; alioqui generaliter constituendum ab eo fuisset, non de venditore tantum loquendum. Rescripta namque huiusmodi certarum causarum ac personarum erant, quae *Iustinianus* in suum Codicem congessit, pro legibus haberi generalibus voluit. Proinde quod de venditore a *Diocletiano* rescriptum est, ad *emtorem* ita producere necesse est, ut inter emtorem et venditorem aequalitas et proportio servetur. Anton Faber[51]), welcher dem Cujaz folgte, hält jedoch diesen seinen Lehrer für den ersten, von welchem jene Meinung ausgegangen sey. Emund Merille[52]) rügt hiebei die Unbeständigkeit des Cujaz in seinen Behauptungen. Denn in seinen Erklärungen über *L.* 16. §. *Idem Pomponius D. de minorib.* und *L.* 2. *Cod. h. t.* habe er dem Käufer jene Wohlthat ohne Bedenken eingeräumt. Merille hält indessen die erstere, blos

48) Molinaeus ad Consuetud. Paris. §. 22. nr. 46. et in Tract. Commerciorum et usurar. Qu. XIV. nr. 175. pag. 199. (*Coloniae* 1577. 8.)

49) Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 91.

50) Comm. ad L. 36. D. de Verbor. obligat. (in *Eius* Operib. pag. 740.)

51) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 7.

52) Variantium ex Cujacio Lib. II. cap. 5.

auf den Verkäufer sich beschränkende Erklärung der *L. 2. Cod. h. t.* für die richtigere, und hat sie noch durch mehrere Gründe zu unterstützen gesucht[53]). Am meisten kämpfte jedoch gegen die Ausdehnung derselben auf den Käufer Caspar Schifordegher[54]), welcher zugleich bemerkt, Robert und Fachinäus hätten den Cujaz so hart angegriffen, daß, wenn sich sein Faber nicht seiner angenommen hätte, es um die gute Sache geschehen gewesen wäre, weil sie Cujaz nicht standhaft genug vertheidiget habe. Für diese Meinung erklärte sich auch Hugo Grotius[55]); und unter den Neueren haben sie Madihn[56]), Malblank[57]), Weber[58]) und Müller[59]) vorzüglich in Schutz genommen. Die Hauptgründe sind: 1) Der Verkäufer verdiene eher Mitleiden und Begünstigung, als der Käufer, da ersterer insgemein aus Noth verkaufe, und, um nur Geld zu erhalten, die Sache für einen geringen Preis hingebe, dahingegen der Käufer, den keine Noth treibt, nur zu seinem Vortheil und Bequemlichkeit kaufe[60]); und

53) Observation. Lib. VI. cap. 16.

54) Ad *Ant.* Fabrum Lib. III. Tract. XIII. Qu. 5. et 6. pag. 166. sqq.

55) Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. 2. C. h. t. pag. 381.

56) Princip. iuris Rom. P. II. §. 172. et ad *Mencken* Doctr. de actionib. forens. not. 653. pag. 227.

57) Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551.

58) Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 41. S. 116.

59) Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Observat. 425.

60) Salvianus de providentia Dei, auf den sich Cujaz und Grotius berufen, sagt: *Ferme omnis contractus hoc in*

kaufe er ja zu theuer, so müsse er es seiner Thorheit zuschreiben. Das sey wenigstens die auf Erfahrung gegründete Ansicht der Gesetze[61]), und treffe sie denn auch nicht immer zu; sondern trete zuweilen der Fall ein, daß auch ein Käufer eine Sache aus Nothwendigkeit kauft, so könnten solche ausserordentliche Verhältnisse keine Ausnahme von der Regel begründen, weil die Legislation nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richte, und daher ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen könne, welche gemeiniglich Statt finden[62]). 2) Die Verordnung der L. 2. Cod. de resc. vend. weiche von den Vorschriften des Naturrechts ab[63]); sie könne also auch nicht weiter angewendet werden, als es den Gesetzgebern gefallen habe, davon abzuweichen, und lasse daher, schon als Ausnahme von der Regel, keine

se habet, ut invidia penes emtorem, inopia penes venditorem esse videatur, quia emtor emit ad hoc, ut substantiam suam augeat, venditor ad hoc vendit, ut minuat. Merille fügt noch eine Stelle aus LIBANIUS *Declamat.* hinzu: εὐθαίμων, ὠνεῖσθαι δυνάμενος, ὀδὲ ἄθλιος πωλεῖν βεβιασμένος: *Felix, qui potest emere; infelix, qui cogatur vendere.*

61) *L.* 36. §. 1. *D. Mandati.* *L.* 12. *et* *L.* 16. *Cod. de resc. vendit.* *L.* 1. *Cod. de praed. decurion.* *L.* 2. *Cod. Sine censu vel reliquis.* *L.* 3. *pr.* *L.* 61. *D. ad Leg. Falcid.* *L.* 44. §. 1. *D. de damno infecto.*

62) *L.* 3. 4. 5. *et* 6. *D. de Legibus.*

63) GROTIUS de jure belli ac pacis Lib. II. cap. 12. §. 26. et ad Eundem *de* COCCEJI. ACHENWALL Ius nat. Lib. I. sect. III. Tit. 8. §. 203. Höpfners Naturrecht §. 92.

Ausdehnung gab. Dieser Gründe ungeachtet, hat dennoch die entgegengesetzte Meinung von jeher bei weitem die meisten Anhänger gehabt. Ob sie schon den Griechen gefallen habe, wie Robert[64]), einer der eifrigsten Vertheidiger derselben, behauptet, ist sehr zweifelhaft. Die Stelle aus Harmenopulus[65]), worauf er sich beruft, ist wenigstens corrupt, wie Cujaz[66]) sehr deutlich gezeigt hat. Dahingegen spricht die Novelle des griechischen Kaisers Romanus Senior ausdrücklich nur von dem Verkäufer[67]). Soviel ist aber gewiß, daß schon die Glosse sowohl des römischen als des kanonischen Rechts, die L. 2. auf den Käufer ausgedehnt hat. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben für diese Meinung vorzüglich gestritten Hugues Doneau[68]), Hubert von Giffen[69]), Johann Jacob Wissenbach[70]), Gerhard Noodt[71]), Johann Voet[72]), Wolfgang Adam Lauterbach[73]), Sch

64) Animadversion. Lib. II. cap. 13.

65) Manuale Legum Lib. III. Tit. 3. nr. 72.

66) Mercator. Lib. II. cap. 13.

67) Auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XIX. Tit. 2. pag. 381. haben hierin nichts geändert.

68) *Hug.* Donellus Comment. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. nr. 17. pag. 328. (*Francof.* 1599. f.)

69) *Hub.* Giphanius Explan. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. C. h. t. ad verb. *Distraxerit.* pag. 307. sqq.

70) In libros VII. Cod. Commentat. ad L. 2. C. eod. pag. 316.

71) Commentar. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 411.)

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 28.

73) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

muel von Cocceji[74]) und Carl Friedrich Walch[75]), an welche sich denn auch die meisten heutigen Rechtsgelehrten[76]) angeschlossen haben. Diese Meinung ist jetzt in der Praxis[77]) so allgemein herrschend, daß es zur Unterstützung derselben fast keiner Gründe mehr bedarf. Daß es ihr jedoch auch gar nicht an Gründen fehle, welche gewiß jenen für die erstere an Gewicht nichts nachgeben, ergibt sich aus Folgendem: 1) Beide Gesetze, die L. 2 und L. 8 Cod. de resc. vendit. sind, ihrem Ursprung nach, Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian, welche an einzelne Personen gerichtet sind. Sie enthalten nun zwar, dem Wortverstande nach, nur eine Entscheidung über den Fall, wenn der Verkäufer über die Hälfte verletzt worden ist; aber offenbar nur darum, weil es ihnen so vorgelegt war, ohne über den andern Fall, nämlich wenn der Käufer der verletzte Theil ist,

74) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

75) Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 23.

76) Wiesand Opusc. pag. 225. Westphal vom Kauf §. 807. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. f. et g. Tom. II. pag. 419. Zirkler Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 82. Günther Princip. iuris Rom. priv. nov. T. II. §. 973. Hofacker Princip. iur. civ. T. III. §. 1936. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 197., denen noch beizufügen ist *Io. Fr. Ad.* Koch Diss. de L. 2. Cod. de resc. vendit. etiam ad emtorem extendenda. *Argentorati* 1759.

77) Mevius P. III. Decis. 192. not. 2. Io. Schilter Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 93. Carpzov. Iurisprud. for. P. II. Const. 34. Def. 8.

abzusprechen. Diesen also von der Wohlthat des Gesetzes auszuschließen, streitet nicht nur gegen die Absicht der Gesetzgeber, weil dieses durch ein **argumentum a contrario** geschehen müßte, welches bei Rescripten in dem Justinianischen Codex höchst bedenklich und unzuverläßig ist[78]), sondern es streitet auch gegen den ganzen Geist des Codex, nach welchem die darin aufgenommenen Rescripte nicht als Gesetz blos für den Fall zu betrachten sind, welchen sie betrafen, sondern die diesen Fall betreffende Entscheidung auch als Entscheidung jedes anderen gleichen Falles zu betrachten ist[79]). Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten die ihnen vorgelegten Fälle insgemein nur nach dem gemeinen Rechte. Nach dem Princip des gemeinen Rechts ist es aber beiden Theilen erlaubt, sich durch wohlfeilen Kauf oder theuren Verkauf einen Vortheil zu verschaffen, so lange nicht die Ungleichheit zwischen dem, was ein Theil dem andern gibt und dagegen empfängt, bis zu dem Grad einer abzuändernden Unbilligkeit hinaufsteigt. **In *emendo* et *vendendo* naturaliter concessum est *contrahentibus* se *invicem* circumscribere**[80]). Es muß also auch jedem Theile das Recht zustehen, sich über Verletzung zu beschweren, wenn die Ungleichheit jenen Grad der Unbilligkeit erreicht hat, welchen das Gesetz emendirt wissen will, und es hätten daher die Kaiser bei dem Käufer nicht anders entscheiden können, als sie bei dem Verkäufer entschieden haben. Man erkennt dieß 2)

78) S. *Ger.* Noodt in Dioclet. et Maximiano. Cap. 2.

79) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 31.

80) *L.* 16. §. 4. *D. de minorib.* *L.* 22. §. *ult.* *D. Locati.*

noch mehr daraus, weil die Kaiser den Grund ihrer Entscheidung in die Billigkeit setzen. Humanum est etc. Diese Billigkeit hat aber offenbar nicht in einer besondern Begünstigung des Verkäufers, sondern in der enormen Verletzung desselben ihren Grund. Die Wohlthat dieses Gesetzes ist also ein beneficium *causae*, non *personae*, es muß folglich auch nach der Absicht des Gesetzes dem Käufer in demselben Falle eben so gut, wie dem Verkäufer, zu statten kommen. Denn daß der Verkäufer immer aus Noth zu wohlfeil verkaufe, weil in einigen hieher gar nicht gehörigen Gesetzen von einem Verkauf aus Noth die Rede ist, ist, wie Wissenbach mit Recht sagt, eine inepta differentiae ratio, da der Fall gewiß nicht seltener ist, daß auch der Käufer aus Nothwendigkeit kauft. Hätten nun die Gesetzgeber ihre Entscheidung auf jenen Grund wirklich gebaut, so wäre er viel zu wichtig gewesen, um ihn so ganz mit Stillschweigen zu übergehen. Endlich 3) den Ausschlag für das gleiche Recht des Käufers gibt die Natur des Contracts. Denn bei einem Geschäfte, das seiner Natur nach den beiderseitigen Vortheil bezweckt, wäre es, wie Zirkler[81]) ganz richtig sagt, eine Aufhebung des Gleichgewichts der gegenseitigen Verhältnisse, wenn man dem einen Theile eine Rechtswohlthat wollte angedeihen lassen, die nicht unter völlig gleichen Umständen auch dem andern Theile zu statten käm.

II. Die andere Frage, welche eben so streitig ist, betrifft die Berechnung der Verletzung über die Hälfte auf Seiten des Käufers. Darin sind zwar alle Rechtsgelehr-

81) Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 82.

ten einverstanden, daß zwischen beiden Theilen, dem Käufer und Verkäufer, ein gleiches Verhältniß beobachtet werden müsse, weil beide gleiche Rechte haben. Allein nach welcher Norm diese Gleichheit zu bestimmen sey, dieß ist eigentlich der Punkt, worüber gestritten wird. Es gibt hierüber bekanntlich zweierlei Meinungen:

I. Die eine Parthei hält den Käufer schon dann für enorm verletzt und der Wohlthat des Gesetzes würdig, wenn er außer dem wahren Werth der Sache noch etwas über die Hälfte desselben bezahlt hat. Z. B. der Käufer hat für eine Sache, die nur 10 Rthlr. werth ist, 16 Rthlr. bezahlt. Dieß ist die Meinung der Glosse. Nicht nur Azo[82]) und Accursius[83]) vertheidigten sie, sondern auch die Glossatoren des canonischen Rechts[84]). Ihr stimmten auch Baldus[85]) und Bartolus[86]) bey. Vorzüglich aber gaben ihr unter den spanischen Rechtsgelehrten Johann Gutierrez[87]), Didacus Covarruvias a Leyva[88]), Anton Gomez[89]) und Augustin Bar-

82) Summa in ius civ. Tit. de resc. vend. nr. 4.

83) Gloss. ad L. 3. C. h. t.

84) Gloss. ad cap. 6. X. de contrah. emt. verb. *Dimidium*.

85) Com. in Cod. h. t. nr. 21. fol. 123. b. (*Lugd.* 1556.)

86) *Oper.* (*Frfti.*) P. II. fol. 1008.

87) Pract. Quaestion. Lib. II. Qu. 133. in *Eiusd.* Operib. *Francof.* 1619. p. 324. sqq.

88) Varior. Resolut. Lib. II. Cap. III. nr. 8. (*Operum Lugduni* 1661. *f.* Tom. II. pag. 124. sq.)

89) Varior. Tom. II. Cap. 2. nr. 22.

dosa[90]) Beifall. Unter den Ausländern dürfen jedoch auch Jacobus Curtius[91]) und Johann Voet[92]) nicht unbemerkt bleiben. Allein keiner kämpfte wohl mit so viel Eifer für die Meinung der Glosse, als Gottlieb Gerhard Titius[93]), welcher deshalb mit Recht unter den deutschen Rechtsgelehrten zuerst genannt zu werden verdient. Nach ihm haben sich noch Johann Adam von Ickstatt[94]), Samuel von Cocceji[95]) und Joachim Georg Daries[96]) als Vertheidiger derselben vorzüglich bekannt gemacht. Man nimmt bei dieser Berechnungsart eine arithmetische Proportion an, wornach man die Gränzen der Läsion bestimmt. Der Werth der Sache

90) Collectan. in Cod. h. t. nr. 107. 108. (*Lugduni* 1637.) T. II. p. 216.

91) *Εἰκαστῶν* S. Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. 50. (*in Th. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 151.

92) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

93) Observation. ratiocinant. in Compend. juris Lauterbachian. (*Lipsiae* 1703.) h. t. Obs. 542.

94) Specim. iuris civ. de laesione enormi in contractu emtionis venditionis recte computanda. *Wirceburgi* 1734. (in *Eius* Opuscul. iurid. *Aug. Vindelicor.* 1747. 4. edit. Tom. I. Nr. IV.) *Eiusdem* Schediasma apologeticum de laesione enormi recte computanda; quo modum laesionem enormem in emtore perinde atque in venditore ex dimidio veri et iusti pretii haud ita pridem a se stabilitam adversus ea, quae pro sententia contraria obmovet *I. A. Cramer*, amice defendit. *Wirceburgi* 1735.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

96) Diss. de interpretatione et extensione L. 2. Cod. de resc. vendit. *Trajecti ad Viadr.* 1775.

wird hier zum arithmetisch proportionalen Mittelpunkt zwischen der gesetzlich bestimmten Gränze der Läsion auf Seiten des Verkäufers, und der Gränze der Verletzung auf Seiten des Käufers gemacht. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so ist 10 nach der arithmetischen Proportion die Mitte zwischen 5 und 15. Die Zahlen 5, 10 und 15 folgen demnach in einer arithmetischen Progression auf einander. Man schließt nach diesem Verhältniß nun folgendermaßen: Ist der Verkäufer, wenn er für eine Sache, welche 10 Rthlr. werth ist, noch nicht 5 Rthlr. erhalten hat, enorm oder über die Hälfte verletzt, so muß auf gleiche Weise auch der Käufer enorm verletzt seyn, wenn er für eine Sache, die nur 10 werth ist, mehr als 12 bezahlt hat.

II. Die andere Parthei hingegen nimmt auf Seiten des Käufers nur dann erst eine Verletzung über die Hälfte an, wenn das, was er für die Sache bezahlt hat, den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt. Z. B. der Käufer hat für die Sache, welche nur 10 Rthlr. werth ist, 21 Rthlr. bezahlt. Man nimmt bei dieser Berechnungsart ein geometrisches Verhältniß an, so daß also hier der wahre Werth der Sache zur geometrisch proportionalen Mittelgröße zwischen beiden Gränzen der Läsion sowohl auf Seiten des Verkäufers, als auf Seiten des Käufers gemacht wird. Wenn also die Sache 10 Rthlr. werth ist, so sind die Gränzen der Läsion auf Seiten des Verkäufers 5, auf Seiten des Käufers 20, weil 10 die geometrische Mittelgröße zwischen 5 und 20 ist, folglich die Zahlen 5, 10, 20 in geometrischer Proportion fortschreiten. Diese Meinung muß schon zu den Zeiten der Glossatoren ihre Vertheidiger gefunden haben, wie

man aus der Aeußerung des Accursius in der Glosse über die *L. 2. C. h. t.* sieht, wenn er sagt: Sed quae est haec dimidia? Dic in *emtore* decepto, si res valet decem: emit pro XVI. *licet alii dicant, emit pro XXI.* quod non placet, quia tunc non dimidiam iusti pretii, sed duplum egreditur. Allein schon Cynus[97]) hat diesen Grund sehr gut beantwortet. Unter den nachfolgenden Rechtsgelehrten gebührt dem Carl Dü Molin[98]) das Lob, den Irrthum der Glosse zuerst am einleuchtendsten aufgedeckt zu haben; denn seine ganze Absicht war, semel erroris radices funditus ita convellere, et veritatem stabilire, ut nemo posthac, qui haec legerit, in hoc errare possit. Cujaz[99]) versagt ihm selbst dieses Lob nicht, er tadelt es nur, daß er seinen Gegenstand salebrosa nimis et incondita oratione behandelt habe. Wie richtig indessen Dü Molin die Quelle des Irrthums entdeckt, und wie leicht aller Irrthum durch eine deutlichere, obwohl in den Worten der *L. 2. C. h. t.* liegende Bestimmung hätte vermieden werden können, erhellet aus folgenden Worten desselben: Causa erroris praecipua fuit, sagt er, indiscreta proportio et confusio relationum, quoniam proportionem pretii referunt ad utrumque contrahentium, non solum ad venditorem, ut in d. *L. 2.* sed etiam ad emtorem, quod est ineptum. — Nam licet res et pretium sint idem respective, hoc est, eandem proportionem et similem habitudinem habeant pro

97) Comment. in Cod. h. t. nr. 7. (*Francof.* 1578.)

98) Tractat. Commercior. et usurarum Qu. XIV. nr. 175.

99) Observat. Lib. XVI. cap. 18.

priis suis respectibus, videlicet secundum obiecta vel personas, ad quas referuntur, et quibus debentur: tamen non sunt idem respectu eiusdem personae vel obiecti, ut sensus communis ostendit, et sic non debent hae relationes confundi: alioquin tota doctrina perturbaretur. — Modo in proposito, si constet, venditorem esse deceptum, et quaeritur, quantum sit deceptus, an ultra vel citra dimidiam, brevis et expedita doctrina datur in d. L. 2. in fine; ut inspiciatur, an pretium conventum sit infra dimidiam veri pretii. Poterat autem dari doctrina, ut non minus vera et certa, ita doctrinalior, generalior, et magis methodica, inspiciendo, *quantum res vendita supervaleret pretio convento*: et tunc dicendum fuisset, quod si supervaleret ultra duplum, tunc esset venditor laesus ultra dimidiam: si vero res duplo tantum supervaleret, esset laesus in dimidia tantum, et non ultra dimidiam: si vero supervaleret aliquanto, sed minus duplo, tunc esset laesus infra dimidiam tantum. Quae ratio, quamquam necessario tacite insit, et eliciatur per praedicta: tamen si fuisset expressa, nunquam ortus esset, et multo minus invaluisse, ille vulgaris error. *Omnes enim idem statim vidissent ex parte, emtoris, videlicet eum non esse deceptum ultra dimidium, nisi pretium plus duplo supervaleret rei emtae.* Im folgten Franz Duaren[100]), Arius

100) Comm. ad L. 36. D. de verb. obligat. (in *Oper.* Francof. 1592. pag 740.)

Pinelus[1]), Hugues Doneau[2]), Hubert von Giffen[3]), Anton Merenda[4]), Anton Perez[5]), Georg Frantzke[6]), Mästertius[7]), Diodor Tulden[8]), Johann Fried. Böckelmann[9]) und Peter von Toullieu[10]). Durch Joseph Averani[11]), Jer. Eberh. Lind[12]) und Johann Ulrich von Cramer[13]) ward aber diese Meinung über alle juristische Zweifel, und durch Johann Friedrich Polack[14]), Johann Samuel

1) Comment. ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 2. nr. 7. sqq. pag. 181. (*Coloniae* 1584. 8.)

2) Commentar. ad Cod. Lib. IV. Tit. 44. h. L. 2. nr. 17.

3) Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. p. 302. sq.

4) Controvers. iuris Lib. I. cap. 36. §. 5.

5) Praelection. in Cod. Lib. IV. Tit. 44. §. 8.

6) Variarum Resolution. Lib. III. Res. 3. nr. 11. sqq.

7) Quaestion. illust. h. t. Qu. 1. pag. 484.

8) Commentar. in Cod. h. t. nr. 3.

9) Commentar. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 13. p. 631.

10) Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 7. et 8. pag. 335. sqq.

11) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 7.

12) Diss. I — III. de falsa et irrationabili Hispanorum computatione in emtoris indaganda enormi laesione. *Argentorati* 1724. 1731. *et* 1732.

13) Disquisit. de laesione enormi recte computanda: in eius *Opuscul.* Tom. III. (*Marburgi* 1755. 4.) Nr. XXII.

14) Mathesis. forens. I. Abth. Kap. 2. Abh. 8.

Traug. Gehler [15]), Carl Chaff. von Florencourt [16]), und Lud. Herrenschneider [17]) bis zur mathematischen Evidenz erhoben. Die Praxis hat sich auch für diese Meinung schon längst entschieden erklärt [18]), und in den neueren Systemen [19]) ist sie durchgehends angenommen. Der Unterschied zwischen beiden Meinungen liegt also lediglich darin, daß nach der erstern Berechnung ein arithmetisches, nach der letztern aber ein geometrisches Verhältniß zum Maßstabe angenommen wird. Erwägt man nun, daß keine Größe absolut, sondern nur aus der Vergleichung mit einer Einheit oder einem gewissen Ganzen erkannt, und folglich nicht nach einem arith-

15) Commentat. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda. *Lipsiae* 1777.

16) Abhandlungen aus der jurist. und politischen Rechenkunst. (Altenburg 1781.) Kap. VII. S. 243. ff.

17) Diss. I. et II. de laesionis enormis computatione. *Argentorati* 1784. et 1785. 4.

18) CARPZOV P. II. Const. 34. Def. 8. MYNSINGER Cent. IV. Obs. 73. nr. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 96. et 97. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. *Pet.* MÜLLER ad Eundem und Joh. Ludw. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. CIX. S. 385. ff.

19) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1937. Westphal vom Kauf §. 808. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 551. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen § 870. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 197. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 974. Schweppe Röm. Privatrecht 2. Band. §. 394.

metischen, sondern geometrischen Verhältniß bestimmt und abgemessen werden kann, so kann auch wohl bei der Berechnung der Größe einer Läsion kein anderes Verhältniß Statt finden. Unmöglich konnten daher die Kaiser Diocletian und Maximian bei der Bestimmung einer enormen Verletzung auf Seiten des Verkäufers ein anderes Verhältniß, als das geometrische, zum Maßstabe annehmen, da dieses Verhältniß bei jeder Vergleichung das einzig wahre, in dem Innersten unserer Seele tief gegründete Gesetz unseres Verstandes ist, nach welchem wir handeln, und welches nie trügt. Dieß ist daher auch das Verhältniß, welches die Gesetze beim Handel und Verkehr in Ansehung der versprochenen Prästationen überall beobachtet wissen wollen, wie ich schon bei einer anderen Gelegenheit ausführlicher gezeigt habe[20]). So wie nun schon nach dieser Betrachtung die von der Glosse angenommene Berechnungsart als höchst unwahrscheinlich und dem Geist der Gesetze nicht angemessen erscheint, so ergibt sich die offenbare Unrichtigkeit derselben sofort daraus, daß nach dem von der Glosse zum Grunde gelegten arithmetischen Verhältniß der Verkäufer auch sogar dann schon für enorm verletzt gehalten werden müßte, wenn er das für 10 Rthlr. verkauft, was 16 Rthlr. werth ist, welches aber den ausdrücklichen Worten der *L.* 2. *Cod. h. t.* widersprechen würde, nach welchen der Verkäufer nur erst dann über die Hälfte verletzt ist, wenn er für eine Sache, die mehr als 20 Rthlr. werth ist, nur 10 Rthlr. bekommen hat. Schon hieraus erhellet, daß auf gleiche Weise auch der Käufer noch nicht in dem Grade, welchen das Gesetz bei

20) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 45. und 46. S. 299. ff.

dem Verkäufer als eine laesio enormis bestimmt hat, verletzt sey, wenn er dafür 16 Rthlr. bezahlt hat, was nur 10 Rthlr. werth ist. Nur dann ist also ein völlig gleiches Verhältniß vorhanden, wenn der Käufer mehr als 20 Rthlr. für eine Sache bezahlt hat, welche nur 10 Rthlr. werth ist. Offenbar irrt also die Glosse, wenn sie ein gleiches Verhältniß zwischen beiden Theilen schon dann annimmt, wenn jeder Contrahent 6 verliert, ohne zu bedenken, daß die 6 zu 16, welche der Käufer bezahlt hat, sich nicht auf gleiche Weise wie die 6 zu 10 verhalten, welche der Verkäufer an Werth gegeben hat, und also derjenige, welcher 16 gibt und 6 verliert, nicht eben so verletzt werde, wie derjenige, welcher 10 gibt und gleichfalls 6 verliert. Denn das sieht doch wohl ein Jeder von selbst ein, daß derjenige, welcher nur den dritten Theil des Seinigen verliert, nicht gleichen Schaden leide, wie derjenige, welcher die Hälfte verliert. Würde nun nicht nach der Berechnung der Glosse der Käufer mehr begünstigt werden, als der Verkäufer? Um sich hievon noch mehr zu überzeugen, darf man nur von dem Begriff der Läsion ausgehen. Eine Verletzung ist vorhanden, wenn man weniger empfing, als man dagegen gab und dagegen hätte erhalten sollen. Ist also das Empfangene dem Gegebenen gleich, so ist keine Verletzung denkbar. Denn man hat nichts verloren. Je größer oder geringer nun die Ungleichheit zwischen dem Empfangenen und dem Gegebenen ist, desto größer oder geringer ist die Läsion. Diese Ungleichheit ist also der einzige wahre Maßstab, die Größe der Verletzung zu berechnen, indem man das, was dem Verletzten fehlt, mit dem, was er gab, und wofür er eben so viel wieder hätte bekommen sollen, nach

geometrischem Verhältniß vergleicht. Wenden wir diese Regel auf den Kaufcontract an, so ist nach derselben der Verkäufer verletzt, wenn er ein geringeres Kaufgeld erhielt, als der Werth der Sache erforderte, der Käufer hingegen, wenn er eine größere Summe bezahlt hat, als der Werth der Sache mit sich brachte. In beiden Fällen ist also ein gewisses Ganzes anzunehmen, in Beziehung auf welches die Läsion der Contrahenten nach einem geometrischen Verhältniß zu bestimmen ist, und welches folglich den Maßstab gibt. Das Ganze, wornach das minus des Verkäufers zu bemessen ist, ist der wahre Werth der Sache. Denn der Verkäufer muß, um nicht verletzt zu werden, einen dem Werth der Sache gleichkommenden Preis erhalten. Das Maß der Läsion auf Seiten des Verkäufers bestimmt also der wahre Werth der Sache. Dieses verum et iustum rei pretium wird daher auch in der *L. 2. C. h. t.* mit Recht bei der Bestimmung der Größe einer enormen Verletzung auf Seiten des Verkäufers zum Maßstabe angenommen. Das Ganze hingegen, wornach das Plus des Käufers zu bemessen ist, kann keinesweges das iustum, sondern das solutum pretium seyn. Die Kaufsumme, welche er bezahlt hat, gibt also auf Seiten des Käufers den Maßstab zur Ausmittelung der erlittenen Läsion ab. Denn um gar nicht verletzt zu werden, muß der Käufer von dem Verkäufer eine Sache erhalten, die so viel werth ist, als der dafür bezahlte Preis beträgt. Was also dem verletzten Käufer fehlt, und was er verliert, fehlt ihm und verliert er nicht an dem wahren Werthe; denn dieser bleibt ihm, da er die Sache selbst erhält, unvermindert; sondern es fehlt ihm an dem,

was er für die Sache bezahlt hat; denn daran hat er, weil er nicht eben so viel an Waare dagegen erhielt, einen Theil verloren. Demnach ist also die Verletzung des Käufers nach einem geometrischen Verhältniß dessen, was ihm fehlt, zu dem, was er bezahlt hat, zu bestimmen. Nun vergleiche man damit die Gesetze selbst, *L. 2. et 8. Cod. h. t.* und man wird finden, daß sie damit auf das genaueste übereinstimmen. Die Kaiser verordnen nämlich, daß der Verkäufer alsdann enorm verletzt sey und auf Rescission des Contracts klagen könne, wenn er weniger, als die Hälfte des wahren Werths, welchen die Sache zur Zeit des geschlossenen Contracts hatte, oder, welches eben soviel ist, wenn er noch nicht die Hälfte dessen erhielt, was er gab, und was er für die verkaufte Sache hätte bekommen sollen. Die Größe der enormen Läsion wird also hier nicht nach einer bestimmten Geldsumme, sondern nach dem geometrischen Verhältniß dessen, was dem Verkäufer an dem wahren Werthe fehlt, zu dem, was er hätte erhalten sollen, geschätzt. Beträgt nun das, was er gab, über zweimal mehr, als das, was er dagegen empfing, so ist er enorm verletzt. Der gesetzliche Begriff der Verletzung über die Hälfte bei dem Verkäufer ist also der, wenn das Verhältniß oder die Ungleichheit des empfangenen Kaufgeldes zum wahren Werthe der verkauften Sache größer ist, als die Hälfte dieses Werths. Soll nun also der Käufer mit dem Verkäufer in ein gleiches Verhältniß gesetzt werden, so muß man nothwendig sagen, der Käufer sey alsdann enorm oder über die Hälfte verletzt, so daß er auf Rescission des Contracts klagen

kann, wenn das, was er von dem Verkäufer erhielt, an Werth nicht die Hälfte dessen beträgt, was er dafür an Geld bezahlt hat, oder, welches eben so viel ist, wenn das bezahlte Kaufgeld den doppelten wahren Werth der Sache übersteigt, so daß er weniger als die Hälfte der Waaren erhielt, die er für sein Geld hätte erhalten sollen. So ist nun das Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer ganz gleich. Wenn also der Verkäufer eine Sache, die 10 Werth ist, für 4 verkauft hat, so muß der Käufer die Sache für 21 gekauft haben, wenn eine Verletzung über die Hälfte vorhanden seyn soll. Denn nun erhält der Verkäufer an Gelde nicht die Hälfte des wahren Werths, und der Käufer an Waare nicht die Hälfte des dafür bezahlten Geldes. Jeder verliert hier mehr, als die Hälfte dessen, was er vor dem Contract hatte, und hat nicht die Hälfte soviel erhalten, als er für das, was er gab, hatte erhalten sollen. Der Verkäufer leidet also die Verletzung an dem zu geringen Kaufgelde, der Käufer an dem zu geringen Werthe der Waare. Denn was bei dem verletzten Verkäufer die Sache ist, welche er tradirt, ist bei dem verletzten Käufer der Preis, den er dafür zahlt. Das, was also bei dem Verkäufer in Ansehung der verkauften Sache die Hälfte ist, eben das ist bei dem Käufer die Hälfte in Ansehung des bezahlten Kaufgeldes. So wie demnach bei dem Verkäufer das bezahlte Kaufgeld zweimal und noch etwas darüber in dem Werthe der verkauften Sache enthalten seyn muß, wenn aus diesem Grunde auf die Rescission des Contracts soll geklagt werden können; so muß auch bei dem Käufer der Werth der Waare in dem von ihm bezahlten Kaufgelde zwei-

mal und noch etwas darüber enthalten seyn, wenn auch seiner Seits eine Rescission Statt finden soll. So klar und deutlich dieses Alles ist, so hat es dennoch Vielen nicht einleuchten wollen. Man sagt, wenn der Käufer um 20 kauft, was 10 gilt, und der Verkäufer um 5 verkauft, was auch 10 werth ist, so sey ja der Käufer um 10, der Verkäufer aber nur um 5 verletzt, folglich könne keine gleichmäßige Verletzung vorhanden seyn. Allein man irrt. Quantitativ, das heißt in Ansehung der Summe ist freilich die Verletzung des einen Theils der Verletzung des andern nicht gleich, aber doch quotitativ, das heißt in Ansehung des verhältnißmäßig gleichen Theils (rata portio), weil jeder in der Hälfte verletzt ist. Nun kommt es aber hier nicht auf die Quantität, d. i. auf eine bestimmte Geldsumme, sondern nur auf eine Quote an, und diese hat das Gesetz auf die Hälfte bestimmt, so daß derjenige, welcher über dieselbe verletzt ist, die Wohlthat des Gesetzes zu genießen haben soll. Derjenige, welcher eine Sache für 10 Rthlr. verkauft, welche 20 Rthlr. werth ist, ist also eben so, wie derjenige, welcher eine Sache für 5 Rthlr. verkauft, welche 10 Rthlr. werth ist, in der Hälfte verletzt, wenn auch nicht in gleicher Summe. Der eine hat also, wie der andere, auf die Wohlthat des Gesetzes Anspruch, wenn jener weniger als 10, dieser aber weniger als 5 für die verkaufte Sache erhielt. Eben so ist derjenige, welcher eine Sache für 20 kauft, die nur 10 gilt, so gut in der Hälfte verletzt, als derjenige, welcher eine Sache für 100 kauft, die nur 50 werth ist. Daß aber nach dem angegebenen Verhältniß der Käufer dem Verkäufer auf das vollkommenste gleichgestellet werde, wird sich am evidente-

sten zeigen, wenn man annimmt, A. kaufe um 100, was nur 50 werth ist, B. aber verkaufe um 50, was 100 gilt. Beide veräussern oder geben hier 100 hin, der Käufer in Geld, der Verkäufer in Waare. Jeder erhält dafür nur 50, der Käufer in Waare, der Verkäufer in Gelde. Jeder verliert also 50. Eine treffendere Gleichheit zwischen dem Käufer und Verkäufer läßt sich gar nicht denken. So wie hier also der Verkäufer nicht auf Rescission des Handels klagen kann, eben so auch nicht der Käufer. So wie hingegen der Verkäufer, wenn er die Sache unter 50 Rthlr. verkauft hat, sich der Wohlthat des Gesetzes zu erfreuen hat, so muß sie nun auch dem Käufer zustehen, wenn die erkaufte Sache noch nicht 50 Rthlr. werth ist. Welche abstechende Ungleichheit aber zeigt sich dagegen in dem angeführten Beispiel nach der Berechnung der Glosse! Denn nach derselben wird derjenige, welcher eine Sache für 100 gekauft hat, die 50 werth ist, auf die Aufhebung des Contracts klagen können, aber nicht derjenige, welcher für 50 verkaufte, was 100 werth ist. Man wendet zwar ein, die Gesetze hätten ja aber doch den wahren Werth der Sache als das Ganze oder als den Maßstab angenommen, wornach die unmäßige Verletzung auf Seiten des Verkäufers zu bestimmen sey; es müsse folglich auch eben dieser Werth bei dem Käufer zum Maßstabe dienen, um nach demselben auf seiner Seite die Läsion zu beurtheilen. Allein gerade hierin liegt der Fehler, daß man sich an die Worte des Gesetzes band, ohne in den Geist desselben einzudringen. Man bedenke doch, daß das Gesetz blos von dem Verkäufer spricht, welcher die Sache tradirt und den Preis dafür erhält. Bei diesem konnte natürlich das Gesetz keinen andern Maß-

stab annehmen, nach welchem die Verletzung desselben zu bestimmen sey, als den wahren Werth der Sache. Denn um zu beurtheilen, ob der Verkäufer enorm verletzt sey, muß man ja nothwendig dasjenige, was er für seine Waare erhalten hat, mit ihrem wahren Werthe vergleichen. Was ihm also fehlt, hat er an dem Werthe der Sache verloren, den er hätte bekommen sollen. Indem nun das Gesetz bestimmt, daß der Verkäufer alsdann enorm verletzt sey, wenn er weniger, als den halben Werth der Sache erhält, so erscheint ja hieraus klar, daß das Gesetz die Größe der Läsion nicht nach der absoluten Größe des Schadens, sondern nach einem geometrischen Verhältniß, als dem natürlichen Maßstabe, bestimmt habe. Denn eben dadurch äußert sich die unmäßige Verletzung auf Seiten des Verkäufers, wenn die Verletzung so groß ist, daß das Verhältniß der verkauften Sache zu dem empfangenen Kaufgelde größer ist, als die Hälfte des Werths der verkauften Sache. Wenn man nun das Gesetz auf den Käufer anwenden will, so darf man ja hier nicht, wie bei dem Verkäufer, auf den wahren Werth der Sache sehen, sondern vielmehr auf den Preis, den er dafür bezahlt hat. Denn, was ihm fehlt, hat er an dem verloren, was er bezahlte, nicht an dem, was er dagegen empfing. Um also die Größe seiner Läsion zu beurtheilen, wird der Käufer das, was ihm fehlt, auf den für die erkaufte Sache bezahlten Preis, als einen Theil des Ganzen, referiren, und nach diesem Maasstabe die Größe seiner Läsion bestimmen müssen. Gewiß würden daher die Kaiser, wenn ihnen der Fall eben sowohl von dem Käufer als von dem Verkäufer wäre vorgelegt worden, rescribirt haben, daß er nur dann für enorm ver-

letzt zu halten sey, **wenn er an Waare noch nicht einmal die Hälfte so viel bekommen hat**, als **das dafür bezahlte Kaufgeld beträgt**, oder, welches eben so viel ist, wenn das Verhältniß des bezahlten Kaufgeldes zum Werthe der gekauften Sache größer ist, als die Hälfte der dafür bezahlten Summe. Denn das Verhältniß im Falle des verletzten Verkäufers ist, nach der Bestimmung des Gesetzes, eine **proportio dupla maior**, nämlich **49** zu **100**. Es muß also auch im Falle des verletzten Käufers nach dem Geiste des Gesetzes eine gleiche **proportio dupla maior** Statt finden, nämlich **100** zu **201**, nicht **100** zu **151**. Das aus dem Geist des Gesetzes abgeleitete Princip ist also: derjenige Theil ist beim Kaufcontract über die Hälfte verletzt, er sey Verkäufer oder Käufer, welcher über zweimal mehr hingab, als er dagegen empfing, oder dafür, was er gab, weniger als die Hälfte empfing, also der Verkäufer, welcher für **201** an Werth nur **100** an Geld erhielt, und der Käufer, welcher für **100** am Werth **201** an Geld bezahlte. Wie konnte nun **Titius**[21]) bei dieser Evidenz unserer Meinung hier **vulgatum illud** anwenden: *Nihil tam absurdum est, quod non aliquando defenderit Philosophus?* Ich setze ihm den Ausspruch des **Cicero**[22]) entgegen: *Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*

Da man die *L. 2. Cod. de resc. vendit.* nun einmal für eine ganz specielle und exorbitante Verordnung

21) Observat. ratiocinat. in compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 542. in fin. p. 362.

22) ***Topicor. ad Trebatium*** **Cap. 4.**

hält, so ist auch darüber gestritten worden, ob dieselbe auch bei dem Verkauf beweglicher Sachen anwendbar sey? Diejenigen, welche das Gesetz blos nach den Worten erklärt wissen wollen, läugnen dieses aus dem Grund, weil dasselbe von einem fundo venumdato rede. Cujacius[23]), Robert[24]) und noch in den neuern Zeiten Müller[25]), haben diese Meinung zu vertheidigen gesucht. Allein wollte man sich hier blos an die Worte binden, ohne den Grund des Gesetzes zu berücksichtigen, so würde man die Verordnung desselben nicht einmal bei jedem Verkaufe einer unbeweglichen Sache anwenden können. Denn das Wort fundus wird in der Sprache der Römer nur eigentlich von solchen Grundstücken gebraucht, welche natürliche Früchte hervorbringen, und insbesondere von Landgütern[26]). Man unterschied also davon aedes[27]). Nun setze man, der Verkäufer sey beim Ver-

23) Observat. Lib. XVI. Cap. 18. in fin.

24) Animadvers. iuris civ. Lib. II. cap. 12.

25) Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 425.

26) Brissonius de Verbor. Signif. v. *Fundus*. *Car. Andr.* Ducker Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 63. sqq. et pag. 75. sqq. besonders *Iac.* Cujacii Commentar. ad L. 60. et 211. de Verbor. Signif.

27) *L.* 8. *et L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* Bei einem fundus konnten zwar auch Gebäude seyn, allein nur als Theil vom Ganzen. Ager cum aedificio *fundus* dicitur, sagt *L.* 211. *in fin. D. de Verb. Signif.* Die vorhergehenden Worte: *Fundi* appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, sind daher nicht divise, sondern coniuncte zu verstehen, wie auch Ducker c. l. pag. 79. bemerkt hat.

kaufe eines Hauses enorm verletzt worden. Hier wäre ihm nach den Worten des Gesetzes nicht zu helfen. Wie ungereimt! Schon Cicero[28]) sagt: *Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut quoniam usus auctoritas* FUNDI *biennium est, sit etiam* AEDIUM. *At in lege* AEDES *non appellantur? valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.* So wie also die Billigkeit erheischt, daß Gesetz, welches vom fundo spricht, auch auf aedes anzuwenden, so ist ja offenbar auch gleicher Grund der Billigkeit bei dem Verkaufe beweglicher Sachen vorhanden, besonders wenn sie von bedeutendem Werthe sind. Nun gründen aber die Kaiser Diocletian und Maximian ihre Verordnung blos auf Billigkeit. Humanum est. Wie wenig ihnen in der That daran gelegen gewesen seyn müsse, ob der Gegenstand des Handels gerade ein fundus oder eine andere Sache war, sieht man noch deutlicher aus den ganz allgemein gefaßten Anfangsworten: REM *maioris pretii* si tu vel pater tuus *minoris* distraxerit. In den Basiliken[29]) geschieht daher auch des fundi gar keine Erwähnung. Und hierin stimmen denn auch die meisten Rechtsgelehrten[30]) mit mir überein.

28) *Topic. Cap.* 4. *in fin.*

29) Tom. II. Lib. XIX. Tit. 10. pag. 402.

30) *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 10. lit. A. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 12. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 3. *Ar.* PINELUS Comment. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. P. II. Cap. II. nr. 17. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 411. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Ex.

Es sey nun also der Käufer oder der Verkäufer über die Hälfte verletzt, so kann auf Rescission des Geschäfts geklagt werden; jedoch steht es auch dem Gegner frey, die Aufhebung dadurch abzuwenden, wenn er die Läsion vergüten will. Diese Vergütung besteht aber darin, daß, wenn der Käufer der verletzte Theil ist, der Verkäufer dasjenige, was er an Kaufgeld über den wahren Werth erhielt, herausgebe, und wenn der Verkäufer enorm verletzt ist, der Käufer noch soviel nachzahle, als an dem wahren Werthe der Sache fehlt. Dieß dünkt mir der wahre Sinn der Worte der *L.* 2. *C. h. t.* zu seyn: vel, si emtor elegerit, *quod deest iusto pretio*, recipias. So verstehen auch die meisten Ausleger[31])

XXIII. Th. 85. not. y. *Henr.* ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 16. besonders *Io. Andr.* HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione §. 25. und Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band Medit. 218.

31) *Hug.* DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 12. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 49. *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 8. et *Eiusdem* Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. *Traj. ad Viadr.* 1682. BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 9. lit. F. *Casp.* ZIEGLER Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii §. 34. *Mich. God.* WERNHER Diss. de laesione enormi. §. 40. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 198. Schweppe röm. Privatrecht. 2. B. § 395. Die Ausnahme, welche *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 30. Def. 3. im Falle einer laesio enormissima macht, in welchem dem Gegner die ihm sonst gestattete Wahl nicht zustehen soll, ist ganz unge=

diese Worte, und auch die Praxis erkennt nicht anders[32]). Gleichwohl meinen Viele[33]), wenn der Gegner soviel nach- oder zurückzahlt, als der Hälfte des wahren Werths fehlt, so habe er der ihm gesetzlich nachgelassenen Wahl ein Genüge gethan. Man sagt: hätte er gleich Anfangs soviel gegeben, so hätte über eine Läsion gar keine Beschwerde entstehen können. Bietet er also nachher noch das Nämliche an, so müsse auch der Verletzte damit zufrieden seyn. Diese Meinung soll nun nicht nur dem Geist des Gesetzes, sondern sogar den ausdrücklichen Worten desselben gemäß seyn. Denn es soll nur ergänzt werden, *quod deest iusto pretio*. Das Wort **iustum** bedeute hier aber nichts Anderes, als legitimum, so wie man sagt, iustae nuptiae. Nun bestehe der gesetzmäßige Preis nur in der Hälfte des wahren Werthes. Allein diese Gründe scheinen mir sehr unbedeutend zu seyn. Das iustum pretium ist hier kein anderes, als pretium verum, d. i. der wahre Werth, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Handels hatte, wie es die Kaiser nicht nur selbst *L.* 2. *et L.* 8. *Cod. h. t.* erklären, sondern solches auch dem

gründet. Denn die sogenannte laesio enormissima ist, wie Westphal vom Kaufe §.816. ganz richtig sagt, ein Hirngespinnst der Pragmatiker.

32) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Constit. 34. Def. 7. RICHTER Vol. II. Decis. XCIX. nr. 30. 31. 32. 38. und Beyträge zur jurist. Literatur in den preuß. Staaten. 2. Samml. (Berlin 1778). Nr. IX. S. 95. ff.

33) *Franc.* CONNANUS Comment. iur. civ. Lib. VII. cap. 9. nr. 10. *Henr.* ZOESIUS Commentar. ad Pand. h. t. §. 29. *Matth.* WESENBECK Comm. ad Pand. h. t. nr. 6. u. a. m.

Geist anderer Stellen des römischen Gesetzbuches[34]) gemäß ist, welche des iusti pretii beim Kaufe gedenken. Es folgt auch gar nicht, was dem Gegner anfangs erlaubt gewesen wäre, ohne daß der Verletzte sich hätte beklagen können, müsse ihm auch noch nachher erlaubt seyn. Denn ist einmal das Recht des verletzten Theils, auf Rescission zu klagen, begründet, so kann er auch auf Zurückgabe oder Zurücknahme der Sache dringen, wenn sich der Gegner nicht zur Bedingung des wahren Werths verstehen will, den die Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufs hatte. Hat also der Verkäufer für eine Sache, die 20 werth ist, nur 9 bezahlt erhalten, so muß der Käufer nicht 1, sondern 11 nachzahlen, wenn die Läsion ganz gehoben werden soll. Zinsen und Früchte werden jedoch bei dieser Ergänzung nicht vergütet[35]). Denn vor der Interpellation war keine mora denkbar. Es ist aber auch dem Willen der Gesetzgeber nicht gemäß, daß Zinsen bezahlt werden sollen[36]). Denn sie wollen nur, *ut, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, venditor recipiat*. Verbindet man nun noch damit die letzten Worte der *L.* 8. *Cod eodem*: nisi minus dimidia iusti pretii, *quod fuerat tempore venditionis*, datum esset, *electione*

34) *L.* 16. §. *ult. D. de pignorib. L.* 12. §. 1. *D. de iure dot.*

35) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. in fin. Titius Observation. ratiocin. ad Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 551. Westphal vom Kauf. §. 811.

36) Von Zeit der Litiscontestation an will jedoch *Io. a* Sande in Decision. aureis Lib. III. Tit. 4. Def. 14. dem Kläger die Zinsen zuerkannt wissen.

iam emtori praestita servanda, so ergibt sich daraus mit einer Evidenz, die keinem vernünftigen Zweifel mehr Raum läßt, daß der Käufer nur durch Zulage dessen, was an dem wahren Werthe fehlt, der ihm im Gesetze gestatteten Wahl ein Genüge gethan habe.

Ueberall wird jedoch vorausgesetzt, daß eine Verletzung über die Hälfte in dem gegebenen Falle wirklich vorhanden sey, welche immer von dem bewiesen werden muß, der sich darüber beschwert. Bei diesem Beweise muß dann der Werth, welchen die Sache zur Zeit des Contracts hatte, lediglich zum Maßstabe genommen werden [37]). Wäre also etwa der Preis der Sache wegen der nachher eingetretenen besondern Zeitumstände in der Folge gefallen, so kommt dieses eben so wenig in Betracht, als wenn der Preis der Sache nachher gestiegen seyn sollte [38]), und es kann daher der Kauf nicht angefochten werden, wenn die Sache um einen auch noch so geringen Preis wäre verkauft worden, wenn Sachen von der Art gerade zur Zeit des geschlossenen Geschäfts nicht mehr galten [39]). Auch kann der auf dem für einen unmäßigen Preis gekauften Grundstück gefundene Schatz keine Aenderung her-

37) *Ar.* PINELLUS Comm. ad L. 2. C. de resc. vend. P. III. Cap. IV. nr. 15. sqq. DONELLUS Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 4. HANNESEN Diss. de immodica laesione eiusque probatione. §. 22. et 23.

38) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. et 15.

39) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subs. 2. §. 28.

vorbringen[40]). Denn man sieht bei Contracten immer auf den Anfang des Geschäfts[41]), und der gefundene Schatz ist weder als ein Theil noch als eine Frucht des Grundstücks zu betrachten[42]), sondern als ein donum fortunae anzusehen, wie sich Tryphonin[43]) ausdrückt. Ueberhaupt aber soll nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes[44]) blos das justum rei pretium berücksichtiget werden, quod fuerat tempore venditionis. Dieses ist nun blos der gemeine Werth, der einer Sache nach ihrer Qualität oder nach der Quantität ihres Ertrags in gemeinem Handel und Verkehr beigelegt ist, nicht der Affectionswerth[45]). Da jedoch die Preise der Dinge auch nach der Verschiedenheit des Orts sehr verschieden sind, so muß bei unbeweglichen Sachen die Taxe des Orts, wo sie liegen, bei beweglichen aber der Marktpreis des Orts, wo der Contract geschlossen wurde, zu Grund gelegt

40) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und *Henr.* Cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 3. Ein Anderes wäre, wenn das gefundene Geld dem Verkäufer selbst erweislich gehörte. *L.* 67. *D. de Rei vind.* *L.* 31. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.*

41) *L.* 8. *pr. D. Mandati.* *L.* 58. §. 2. *in fin. D. Pro socio.*

42) *L.* 7. §. 12. *D. Soluto matrim.*

43) *L.* 63. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.*

44) *L.* 8. *in fin. Cod. h. t. Cap.* 3. *X. de emt. et vendit.*

45) *L.* 16. *C. h. t.* *L.* 13. *pr. D. de reb. eor. qui sub. tut.* *L.* 33. *pr. D. ad Leg. Aquil.* et *L.* 63. *pr. D. ad Leg. Falcid.* Voet h. t. §. 7.

werden[46]). Man sieht aus dem allen, daß der hier zu führende Beweis mit vielen Schwierigkeiten verknüpft ist. Die meiste Schwierigkeit macht die Ausmittelung des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des abgeschlossenen Contracts im gemeinen Handel hatte, worauf doch hier Alles ankommen soll. Denn wer erinnert sich immer des damaligen Preises noch so genau, um darüber ein Zeugniß ablegen zu können, wenn seit dem geschlossenen Handel eine geraume Zeit verstrichen ist? Ja man ist selbst darüber noch nicht einmal einig, wie die Zeit des Contracts eigentlich zu bestimmen sey? ob nämlich dieselbe mit Arius Pinelus[47]) punctuell, oder nach Mascard[48]) mit einer gewissen, nur nicht gar zu weiten Ausdehnung zu verstehen sey? Z. B. die Zeugen wissen zwar nicht zu sagen, wie viel die Sache gerade am Tage des geschlossenen Geschäfts gegolten hat, allein sie begründen den Werth, den Sachen dieser Art einige Monate vor oder nach dem geschlossenen Contract gehabt haben; oder sie erhärten nur überhaupt, in welchem Preise Sachen von der Art in dem Jahre standen, wo der Contract geschlossen wurde. Dergleichen Zeugnisse sind nicht schlechterdings zu verwerfen, wenn keine Umstände angegeben werden können, unter welchen die Sache zur

46) *L. 6. D. de evict. L 34. D. de div. reg. iur. L. 1. pr. D. de Usuris.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. Not. 3. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 198.

47) Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 15.

48) De probation. Conclus. DCCCCLXII. nr. 10. et Conclus. MCCCXCVI. nr. 31.

Zeit des Kaufs einen andern Preis gehabt haben müsse [49]). Denn das richterliche Ermessen ist auch hier, wie Ziegler [50]) und Frantzke [51]) ganz richtig behaupten, nicht auszuschließen. Ja Doneau [52]) gibt sogar den Rath, der Verletzte solle, wenn er den Werth der Sache zur Zeit des Contracts auf keine Weise darzuthun vermöchte, nur den gegenwärtigen Werth beweisen, und anführen, daß die Sache seit dem geschlossenen Kauf unabgeändert geblieben sey. **Necesse est enim**, sagt er, **nisi fundus sit mutatus, et mutata eius aestimatio, eandem etiam aestimationem prius fuisse, quae nunc est.** Behauptet der Gegner eine Aenderung, so muß er sie beweisen [53]). Hätte jedoch die Sache erwiesenermaßen einen anderen Preis zur Zeit der Abschließung des Contracts, als zur Zeit der Uebergabe gehabt, so kommt es nicht auf den letzten Preis an, wie Pinel [54]) behauptet, sondern der erste entscheidet. Denn das ist das **pretium, quod fuerat** ***tempore venditionis***, wie das Gesetz [55]) sagt.

Soviel die Beweismittel betrifft, so entsteht I) die Frage, ob auch Urkunden dazu dienen können? Eini-

49) S. HANNESEN Diss. cit. §. 23. et 24.

50) Diss. de laesione ultra dimidium. §. 33.

51) Resolut. Var. Lib. III. Resolut. 3. nr. 43.

52) Comment. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. in fin.

53) Arg. *L.* 22. *D. de probat.*

54) Comm. cit. P. III. Cap. 4. §. 16.

55) L. 8. in fin. Cod. h. t. DONELLUS Comm. ad h. L. nr. 4.

ge[56]) wollen sie von dem Beweise einer Verletzung über die Hälfte aus dem Grunde ganz ausschließen, weil Kaufbriefe immer nur den unter den Contrahenten verabredeten, aber nicht gerade den gemeinen Werth beweisen, und folglich einem Dritten nicht präjudiciren könnten. Allein der Urkundenbeweis ist hier nicht schlechterdings zu verwerfen. Man unterscheide: Es ist nämlich entweder nur eine Urkunde, oder es sind mehrere beigebracht worden. Eine Urkunde, sie spreche entweder von demselben, schon früher an einen der vormaligen Besitzer verkauften Grundstück, über welches der gegenwärtige Streit ist, oder von einem andern, demselben ähnlichen, wird selten zur Vollführung des erforderlichen Beweises hinreichen, weil ein solcher Kaufbrief nur beweist, wie hoch die Contrahenten unter den Umständen, worin sie sich befanden, den Werth zu bestimmen beliebten, nicht aber, daß auch jeder andere Käufer soviel dafür gegeben haben würde[57]). Allein man setze, das Document besage, daß entweder die nämliche Sache, oder eine andere benachbarte von derselben Qualität und Quantität durch verpflichtete Schätzer taxirt, und über zweimal höher geschätzt worden wäre, als sie wieder verkauft worden ist, so würde eine solche Urkunde nicht zu verwerfen seyn[58]). Sind nun vollends mehrere entweder auf einander folgende Urkunden über die näm-

56) Ziegler Diss. de laesione ultra dimid. iusti pretii §. 33. Müller ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 86. David Ge. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 118.

57) S. *Io. Andr.* Hannesen cit. Diss. de immodica laesione eiusque probatione §. 26. et 27.

58) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

liche Sache, oder über verschiedene benachbarte Grundstücke von gleicher Qualität und Quantität beigebracht worden, so daß der damalige gemeine Werth von Sachen dieser Art mit Zuverläßigkeit daraus erkannt werden kann, so kann der auf solche Art geführte Urkundenbeweis wohl keinem gegründeten Zweifel weiter unterworfen seyn[59]). Und so ist es denn auch hier wahr, was Kr. Constantin sagt, *L.* 15. *Cod. de fide instrumentor.* In exercendis litibus eandem vim obtinet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Gewöhnlicher ist aber freilich in solchen Fällen II) der Zeugenbeweis. Die Zeugen brauchen aber nicht gerade verpflichtete Schätzer (pretii rerum aestimatores) zu seyn, wie man insgemein behauptet[60]), sondern es werden zum Beweis der Verletzung über die Hälfte wahre Zeugen erfordert, welche von dem Werthe, den dergleichen Sachen, von deren Preis die Rede ist, zur Zeit des geschlossenen Handels hatten, hinlängliche Wissenschaft haben[61]). Man unterscheide also ja kunstverständige

59) Hannesen cit. Diss. §. 28. et 29, *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. h. t, §. 5. in fin. und Thibaut System des Pandecten Rechts 1. B. §. 198.

60) *Hug.* Donellus Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 5. sagt: *Proinde erit prudentiae iudicis, ad eam aestimationem admittere non quoslibet, sed, peritos earum rerum aestimatores, quales in omnibus locis fere semper multi reperiuntur.* Eben so Lauterbach c. l. §. 22. Ludovici Doctrin. Pand. h. t. §. 2. Struv Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 86. Malblank Princip. iuris Rom. P. III. §. 551. IV. u. a. m.

61) S. Hannesen Diss. cit. §. 35.

Schätzer und Zeugen des Werths, den eine Sache zu einer bestimmten Zeit gehabt hat. Beide müssen nach ganz verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden[62]), und es ist ein grosser Irrthum vieler Rechtsgelehrten, wenn sie die Grundsätze von Kunstverständigen auf die bei diesem Beweise erforderlichen Zeugen anwenden. Denn Kunstverständige sind kein Beweismittel, sondern es sind Gehülfen des Richters bei der Beurtheilung eines streitigen Gegenstandes. Daher sind solche Personen insgemein schon öffentlich ernannt und auf alle vorkommende Fälle beeidiget, und wo dieses nicht ist, müssen sie von beiden Partheyen in gleicher Anzahl ernannt werden, und auch der Richter hat eben so viele, als einer der streitenden Theile, zu ernennen. Allein die Zeugen sind Beweismittel, und werden daher blos von der Parthei ernannt, welcher der Beweis obliegt, ohne daß dem Richter dabei eine Wahl zusteht. Diese sollen hier blos über ein Factum der vergangenen Zeit ihre Wissenschaft eröffnen. Auf ihr eigenes Urtheil oder auf ihre Meinung kommt es nicht an. Schätzer hingegen urtheilen über das, was gegenwärtig ist, nach ihrer Einsicht. Ihre Aeußerung ist also nicht wie eine Zeugen-Deposition, sondern als ein Gutachten anzusehen, welches dem künftigen Urtheil des Richters zur Basis dient. Sind ferner die Kunstverständigen bei Schätzung einer Sache verschiedener Meinung, so treten hier ganz andere Grundsätze ein, als wenn die Zeugen in ihren Aussagen

62) Man vergleiche hier die gründliche Abhandlung von Beurtheilung durch Kunstverständige in Gönners Handbuche des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XLV. der zweiten Auflage. S. 429. ff.

nicht übereinstimmen. Ein solcher Dissensus ist nach den Regeln vom Beweise zu beurtheilen. Bei Schätzungen werden nämlich die Summen der verschiedenen Kunstverständigen zusammengerechnet und mit der Zahl der gebrauchten Schätzer dividirt, der Quotient wird dann als das reine Resultat der Schätzung angenommen. Wollten wir nun dieses Verfahren bei den Beweiszeugen anwenden, welche in dem Werthe, den die streitige Sache zur Zeit des darüber geschlossenen Contracts hatte, von einander abweichen, so würde daraus eine offenbare Ungereimtheit entstehen. Denn man setze den Fall, der Kläger habe das Grundstück für 40 Rthlr. verkauft, das nach seiner Behauptung zur Zeit des Contracts 100 Rthlr. werth gewesen seyn soll, und er habe drei Zeugen benannt, von denen der A. einen Werth von 76 Rthlr., B von 81 und C von 83 Rthlr. angegeben hat. Hier sprechen zwei Zeugen für den Kläger, nach deren Aussagen er wirklich eine Verletzung über die Hälfte erlitten hat. Denn stimmen sie auch in den angegebenen Summen nicht überein, so bezeugen sie doch die Läsion selbst einstimmig. Dahingegen steht die Aussage des Zeugen A. dem Kläger geradezu entgegen, als nach welcher keine Verletzung über die Hälfte vorhanden ist. Es ist also hier zwischen den Aussagen des Zeugen ein solcher Widerspruch vorhanden, den man eine singularitas testium obstativa oder adversativa nennt. Wollte man nun diesen Widerspruch der Zeugen, wie bei Schätzern, durch Addition und Division zu heben suchen, so würde der Quotient — 80 Rthlr. entscheiden, und der Kläger, welcher die Aussagen zweier klassischer Zeugen für sich hat, würde um der Aussage des einen ihm widersprechenden Zeu-

gen willen, der vielleicht nicht einmal vollkommenen Glauben verdient, mit seiner Klage abgewiesen werden müssen. Wie ungereimt, ja wie gesetzwidrig [63]) ein solches Erkenntniß sey, leuchtet in die Augen. Diese Ungereimtheit wird aber noch auffallender, wenn man den Fall annimmt, der Beklagte habe einen Gegenbeweis geführt. Man setze einmal, der Käufer klage wegen einer erlittenen enormen Verletzung auf Rescission des Contracts. Er gibt vor, das Haus, das er mit 3000 Rthlr. bezahlt habe, sey zur Zeit des Kaufs nicht 1500 werth gewesen. Er führt den Beweis durch drei Zeugen, von denen der Zeuge A. den damaligen Werth von 1433 Rthlr., der Zeuge B. von 1426, der Zeuge C. von 1430 angibt. Der Verkäufer führt den Gegenbeweis ebenfalls durch drei Zeugen, von denen D. den Werth von 1561 Rthlr., E. 1565 und F. von 1560 erhärtet. Ein jeder sieht hier, daß die Gegenbeweiszeugen den für den Kläger sprechenden Zeugenaussagen in gerader Richtung entgegenstehen. Es muß also den Rechten nach wider den Beweisführer erkannt werden. Denn wo der Beweis und Gegenbeweis einander gleich sind, hebt einer den andern auf, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug verdient [64]). Allein welches entgegengesetzte Resultat ergibt sich, wenn man den Widerspruch zwischen dem Beweis und Gegenbeweis durch Addition und Division zu heben suchen wollte? Die Totalsumme wäre dann = 8975. Diese, mit der Zahl der

63) *L.* 21. §. 3. *D. de testib. Cap.* 32. X. *eodem.*

64) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. Band Nr. XLI. §. 11. S. 344.

Zeugen = 6 dividirt, gibt zum Quotienten die Summe von $1495^5/_6$ Rthlr., welche also als der damals giltige wahre Werth des Hauses angenommen werden müßte. So hätte dann der Kläger gegen alle Regeln des Prozesses aus einem Irrthum des Richters gewonnen. Welche Justiz! Mit Recht läßt sich hier anwenden, was Cicero sagt: *Totius iniustitiae nulla capitalior est, quam eorum, qui, cum maxime fallunt, id agunt, ut boni iudices videantur.* Uebrigens ist noch zu bemerken, daß, wenn die Zeugen in Ansehung der Summe in ihren Aussagen differiren, deswegen nicht immer gleich ein absoluter Widerspruch (contradictio obstativa) vorhanden sey, sondern nur dann, wenn der eine Zeuge durch Angabe des wahren Werths, den die Sache zur Zeit des Contracts hatte, das Daseyn einer enormen Verletzung, der andere aber das Gegentheil erhärtet. Weichen sie zwar in den angegebenen Summen des Werthes von einander ab, treffen aber in der Einheit des Zwecks zusammen, indem ihre Aussagen, in Verbindung genommen, entweder die enorme Läsion, oder das Gegentheil bezeugen, so ist kein Widerspruch in ihren Aussagen vorhanden, sondern es ist, wie man sagt, blos eine singularitas diversificativa vorhanden. Dieß ist der gewöhnliche Fall. Denn da die Zeugen insgemein von verschiedenen Kaufhandlungen sprechen, mit deren Hülfe der gemeine Werth der damaligen Zeit auszumitteln ist, so ist es sehr natürlich, daß dieselbe Sache oder eine Sache von gleicher Art nicht immer um eben denselben Preis gekauft oder verkauft worden ist. Durch die Verbindung mehrerer solcher singulairer Zeugen, wenn sie an sich klassische Zeugen sind, und der von dem einen Zeugen bekundete Umstand

Vermuthungsgrund für den von einem andern ausgesagten ist, wird ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann[65]). Einige Rechtsgelehrte[66]) haben zwar die Zulässigkeit dieses Eides bei dem Beweise der enormen Verletzung aus dem Grunde bezweifeln wollen, weil zu vermuthen sey, daß Andere den Werth der Dinge besser wissen werden, als der Verletzte. Allein dieser Grund ist offenbar nichtig. Denn warum sollte nicht auch der Verletzte selbst Wissenschaft von den Geschäften erhalten haben können, von denen die Zeugen deponirt haben[67])? Ueberdem läßt die Praxis sogar den Erfüllungseid de credulitate zu[68]). Daß endlich III. der Beweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden könne, leidet keinen Zweifel[69]).

§. 1029.

Rechtsmittel wegen der Verletzung über die Hälfte.

Die Rechtsmittel, deren sich der Verletzte bedienen kann, sind:

65) S. Grolman's Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 87.

66) Pinelus Comm. ad L. 2. C. h. t. P. III. Cap. 4. nr. 1[illegible] Mascardus de probat. Concl. 560. nr. ult. et Concl. 651 nr. 13.

67) Hannesen Diss. de immodica laesione. §. 54. Struben rechtl. Bedenken. 3. Th. Bed. 118. §. 3.

68) *I. H.* Böhmer Ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Ti[t.] 24. §. 72. Carpzov P. I. Const. 23. Def. 12. Berlic[h] P. III. Decis. 305. in fin.

69) S. Carpzov Resp. iur. Lib. III. Resp. XLIII. nr. 5 Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 14. und Hannesen cit. Diss

I. Eine Einrede (exceptio laesionis enormis). Diese steht dem Verletzten zu, wenn er den Contract seiner Seits noch nicht erfüllt hat, und mit der Klage aus dem Contract auf Erfüllung desselben belangt wird. Ihrer Natur nach gehört sie zu den peremtorischen Einreden, denn sie vernichtet den Anspruch des Klägers, und kann, wie alle zerstörlichen Einreden, zu einer prozeßhindernden erhoben werden, wenn dem Beklagten sofort liquide Beweise zur Seite stehen, und dann findet sie auch sogar im Executivprozeße statt [70]).

II. Eine Klage, wenn der Contract schon erfüllt ist. Ob dieß die Klage aus dem Contract, oder eine eigene Klage sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele behaupten das Letztere, und diese weichen wieder in der Art und dem Namen der Klage sehr von einander ab. Einige [71]) nennen sie *condictio ex lege 2. Cod. de rescindenda venditione.* Diesen stimmt auch Hellfeld bei.

§. 31 — 34. Es ist übrigens zum Beweise einer enormen Verletzung nicht hinreichend, wenn der Kläger darthut, daß er die Sache theuer gekauft, und wohlfeil wieder verkauft habe. *L.* 4. *Cod. h. t.* S. Westphal vom Kauf. §. 819.

70) Carpzov Respons. iur. Lib. V. Tit. 6. Resp. LIII. nr. 9. sqq. und Gönners Handbuch des gemeinen Processes 4. Bd. Nr. LXXVIII. §. 14. ff.

71) Pinelus ad L. 2. C. h. t. P. I. Cap. 3. nr. 9. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. VII. Err. 7. Ziegler Diss. de laesione ultra dimidium iusti pretii. §. 24. Zoesius Comm. ad Pand. h. t. §. 36. Lienau Diss. de natura ac indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur. §. 8. sqq. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 1. not. s.

Andere[72]) *condictio indebiti*. Viele halten sie für eine restitutio in integrum civilis[73]), Manche für eine imploratio officii iudicis[74]). Ja einige unter den ältern Rechtsgelehrten haben sie sogar zu einer Spolienklage machen wollen[75]). Allein die Mehrzahl der ältern und neueren Rechtsgelehrten[76]) hat sich immer dafür

72) Diese Meinung behaupteten unter den ältern Rechtsgelehrten vorzüglich Bartolus Cagnolus und Alexander, welche Pinel ad L. 2. Cod. h. t. P. I. Cap. 3. nr. 8. anführt und widerlegt.

73) S. *Helf. Ulr.* Hunnius Variar. Resolut. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 16. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. Cod. de resc. vendit. P. I. pag. 316. *Io. Phil.* Gregel oder *Car. Gothofr.* Fabes Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. §. 3—5. Dieses war auch die Meinung der griechischen Rechtsgelehrten, welche deswegen diesem Rechtsmittel die Dauer von vier Jahren setzten. S. Marmenopuli *Πρόχειρον νόμων* s. Promptuarium iuris Lib. III. Tit. 3. nr. 83.

74) Cynus und schon vor ihm *Petrus de* Bellapertica und nachher noch Bachovius in Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Diss. 2. Thes. IX. lit. C. waren dieser Meinung.

75) Dieser Meinung gedenkt Müller ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 91. not. *β*. und widerlegt sie, wie auch schon vor ihm *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. VII. Err. 10. und *Ant.* Merenda Controvers. iuris. Lib. I. Cap. 42. §. 5. gethan haben.

76) *Io.* Sichard Praelection. in Cod. ad L. 2. h. t. nr. 1. *Hug.* Donellus Commentar. in dict. L. 2. Cod. nr. 14. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 8. *Io. Iac.* Wissenbach

erklärt, daß die Klage wegen der Verletzung über die Hälfte keine andere, als die Contractsklage sey. Dieß war schon die Meinung der Glosse, und sie verdient auch gewiß vor allen übrigen den Vorzug. Denn wie konnte hier wohl ein Zweifel entstehen, quo genere actionis experiamur, wie doch die Condictio ex Lege voraussetzt [77]), wenn das Gesetz das Maß der Verletzung bei einem Contract bestimmte, welcher von den ältesten Zeiten her seine bestimmte Form und Klage hatte? Mit Recht sagt Johann Ortwin Westenberg [78]): Plane non statim *Condictio ex Lege* locum habet, ubi nomen actionis non exprimitur, sed illud inprimis considerandum est, an incerta sit natura et forma negotii, ex quo obligatio et actio introduci-

Commentation. in VII. Libros. Cod. ad L. 2. h. t. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 5. *Henr.* Hahn Observata th. pr. ad Wesenbecium h. t. pag. 635. nr. VIII. et ad Tit. de act. emti et vend. Nr. VIII. pag. 648. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. *Io. Fried.* Boeckelmann Commentar. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 8. *Io. Henr.* Berger Resolution. Legum obstant. h. t. Animadvers. pag. 356. sq. *Io. Balth.* Wernher Manual. Pandectar. (*Vitemb.* 1754.) h. t. §. 1. *Henr.* Cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 14. und *Sam. de* Cocceji iur civ. controv. h. t. Qu. 1. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. *Car. Fried.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 30. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 199. Schweppe röm. Privatrecht 2. B. §. 395. u. a. m.

77) *L. un. D. de condict. ex Lege.*

78) De causis obligationum Dissertat. IV. Cap. 6. §. 1.

tur. — Ex ipsa autem *L.* 2. constat, agi ibi de emtione venditione, ex qua nascitur *actio emti venditi*, quae ad omnia ea, quae ex natura huius bonae fidei contractus praestanda sunt, quin et ad distrahendam emtionem aliquando competit. Die Worte der L. 2. *auctoritate iudicis interveniente* deuten auch gewiß nicht auf eine obligatio lege nova introducta hin, sondern enthalten eine bloße Verweisung des Verletzten an den Richter, unter Voraussetzung des ohnehin bekannten Rechtsmittels. Welches konnte dieses aber anders seyn, als die Klage aus dem Contract, da dieselbe bei den negotiis bonae fidei schon längst vorher das gewöhnliche Rechtsmittel war, wenn ein Theil sich gegen den andern über eine manifesta iniquitas beschwerte[79])? Es liegt dieß auch ganz in der Natur der iudiciorum bonae fidei, da sie auf Alles gehen, was der Billigkeit gemäß ist, wenn es auch nicht gerade verabredet wurde[80]), ja wenn es selbst der Aufhebung des Contracts gelten sollte, wie mehrere Stellen in dem römischen Gesetzbuche[81]) klar beweisen. In der Praxis ist man jedoch nun einmal gewohnt, die Klage wegen einer Verle

79) *L.* 78. *et* 79. *D. Pro Socio.*

80) §. 30. *I. de Action.* §. 3. *I. de obligat. ex consensu.* *L.* 31. §. 20. *D. de aedilit. edicto.*

81) *L.* 11. §. 3. *D. de act. emti et vend.* Redhibitionem quoque contineri *emti iudicio*, et *Labeo et Sabinus* putant, et nos probamus. §. 5. — verumtamen *ex emto* competere *actionem* et resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur. §. 6. *Iulianus* utilem esse *actionem ex emto* etiam ad distrahendam, inquit, emtionem.

tzung über die Hälfte das *Remedium ex L. 2. Cod. de rescindenda venditione* zu nennen[82]) und dasselbe zu den Civil-Restitutionen zu rechnen, welche sich von den prätorischen darin unterscheiden, daß sie in der Regel nicht auf die kurze Dauer von vier Jahren beschränkt sind, sondern binnen 30 Jahren gesucht werden können[83]). Diese Klage steht dem verletzten Theile zu, er sey der Käufer oder Verkäufer, und wird gegen den andern Contrahenten, von welchem er über die Hälfte verletzt worden ist, auf Rescission des ganzen Handels gerichtet, wofern sich der Beklagte nicht etwa zur Vergütung der Läsion verstehen will. Ob das Gesuch der Klage deswegen alternativ einzurichten sey, ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrte[84]) halten dieses für nöthig, und glauben, die Klagschrift sey als inept zu verwerfen, wenn geradezu auf die Aufhebung des Geschäfts geklagt wurde. Der verletzte Verkäufer müsse also z. B. sein Gesuch so fassen, daß der Beklagte ihm entweder soviel, als an dem wahren Werthe fehlt, noch nachzuzahlen, oder die ihm verkaufte Sache gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes dem Kläger

82) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 943. ff.

83) Westphal vom Kaufe §. 810. Malblank Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. nr. III.

84) Unter den älteren Bartolus und der Abt Panormitanus. Diesen Antesignanen sind gefolgt Struv Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Tit. 87. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. Schacher Colleg. pract. Pand. h. t. *Io. Balth.* Wernher Manuale Pandect. h. t. §. 6. Schmidt theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 4. B. §. 946. u. a. m.

wieder zurückzugeben schuldig sey. Diese Meinung scheint zwar das canonische Recht für sich zu haben. Denn in dem *Cap.* 3. *X. de emt. et vendit.* erklärt der Pabst Alexander III. ein richterliches Urtheil für rechtswidrig, weil darin geradezu auf Rescission des Kaufs war erkannt worden, ohne dem Beklagten die ihm gesetzlich zustehende Wahl nachzulassen. Der Pabst sagt: **Habita deliberatione cum fratribus nostris et aliis sapientibus viris, qui legibus iurati iudicant, eandem sententiam iuri contrariam intelleximus.** ***Quia vero in arbitrio emtoris est, si velit, supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur; sententiam ipsam, tanquam iuri contrariam irritantes, possessionem monachis iudicavimus esse reddendam.*** Und in dem *Cap.* 6. *X. eodem* sagt der Pabst Innocenz III.: **Cum constitisset nobis, monasterium in praedictarum rerum venditione ultra dimidiam iusti pretii fuisse deceptum, sententionando decrevimus,** ***ut praefati cives aut, recepto pretio, possessiones restituerunt memoratas, aut supplerent, quantum constaret, legitimae venditionis tempore iustó pretio defuisse.*** Die Ausleger des canonischen Rechts[85]) haben diese Stellen fast durchgehends so erklärt, daß nach der Vorschrift derselben nicht nur das Gesuch der Klage wegen einer Verle-

85) Ausser Barbosa, Gonzalez und Grannanieto sind noch zu bemerken *Henr.* Linck Commentar. in Decretal. Lib. III. Tit. 17. §. 3. *Paul. Ios. a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. III. §. 337. *Ant.* Schmidt Institut. iuris ecclesiast. Germ. Tom. II. §. 149. u. *Phil.* Hedderich Elem. iuris canon. P. III. §. 83.

tzung über die Hälfte, sondern auch das Erkenntniß des Richters alternativ gefaßt werden müsse, wenn es zu Recht bestehen solle. Allein sollte dieses wirklich die Meinung der Päbste gewesen seyn, so würde ihre Entscheidung, wie schon Just. Henning Böhmer[86]) bemerkt hat, auf einem Irrthum und Mißverstand des Civilrechts beruhen. Denn nach den klaren Worten der *L.* 2. und *L.* 8. *Cod. h. t.* kann der Verletzte nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts, verlangen[87]). Daß nun der Beklagte durch verhältnißmäßiges Nach- oder Zurückzahlen bis zum wahren Werthe die Rescission abwenden kann, ist eine ihm vom Gesetz gestattete Wohlthat, welche lediglich seiner Willkühr zu überlassen ist. Es ist also hier keine alternative Verbindlichkeit vorhanden, als welche sich nur dann denken läßt, wenn der Schuldner von zwei Sachen die eine oder die andere zu leisten verbunden ist, so daß der Gläubiger die eine so gut, wie die

86) Not. 2. ad cap. 3. X. de emt. et vend. der Böhmerschen Ausgabe des Corp. iuris canon. Man sehe auch desselben Ius Eccles. Protest. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 6. und desselben Diss. de libellis alternativis. *Halae* 1714. Cap. III. §. 2. sq.

87) Man vergleiche hier vorzüglich *Hugo* Donellus ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. *Sam. de* Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 9. und *Alb. Phil.* Frick Diss. de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. *Helmst.* 1714. Diesen stimmen auch bei *Herm. Io.* Lienau Diss. de nat. et indole act. ob laes. enorm. §. 21. Westphal vom Kaufe §. 803. Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect III. cap. IV. membr. IV. Subs. II §. 27. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 198. u. a. m.

andere, mit vollkommenem Rechte fordern kann[88]), oder, wie Paulus sagt, *L.* 128. *D. de Verbor. obligat.* si utraque res *ad obligationem* ponitur, non ad *solutionem*. Ist hingegen, wie hier der Fall ist, nur Eins in obligatione, das Andere aber in solutione, das heißt, ist der Schuldner zwar etwas Gewisses zu leisten verbunden, es steht ihm aber die Befugniß zu, sich durch Leistung einer anderen Sache dieser Verbindlichkeit zu entledigen, so findet nach der Strenge des Rechts kein alternatives Gesuch Statt[89]). Indessen ist es doch dem Ansehen des canonischen Rechts und seiner Ausleger zuzuschreiben, daß in der Praxis die Klagschrift nicht als fehlerhaft verworfen wird, wenn das Gesuch auch alternativ gefaßt worden ist[90]); und so gewiß es ist, daß dem Beklagten jene gesetzliche Wohlthat auch sogar noch zur Abwendung der Execution zu statten kommen müßte, wenn gleich schlechthin auf die Aufhebung des geschlossenen Handels erkannt worden wäre, indem ein solches Erkenntniß immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen seyn würde, es wollte denn Beklagter den Mangel des wahren Werths ersetzen[91]) — so sehr ist dennoch

88) Boehmer cit. Diss. Cap. 1. §. 11. und *Pet. de* Toullieu Collectan. iuris civ. Diss. XII. §. 14.

89) *L.* 6. §. 1. *D. de re iudic.* S. Danz Grundsätze des ordent. Prozesses §. 73. S. 187. der Gönnerschen Ausgabe, und der 3. Th. 2. Abth. dieses Commentars §. 282. S. 624.

90) S. Boehmeri cit. Diss. Cap. III. §. 3. und diesen Commentar a. a. O. S. 625.

91) Berger Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. 9. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 48. Hert Diss.

dem Richter anzuempfehlen, daß er dem Beklagten die ihm zustehende Wahl vorbehalte, um nicht zu unnöthigen Beschwerden Anlaß zu geben. Nur dann würde freilich das richterliche Erkenntniß als rechtswidrig anzufechten seyn, wenn der Beklagte, der sich bei der Einlassung auf die Klage zur Nach- oder Zurückzahlung erbot, dessen ungeachtet zur Zurückgabe der ihm verkauften Sache oder zur Zurückgabe des empfangenen Kaufgeldes schlechterdings wäre verurtheilt worden, welches auch wohl der Fall gewesen seyn mag, in welchem der Pabst Alexander III. in dem oben angeführten *Cap.* 3. *X. de emt. et vend.* die Sentenz des Richters, tanquam iuri contrariam, aufhob; wenigstens bin ich geneigter, dieses anzunehmen[92]), als den Pabst mit Böhmer eines Irrthums zu bezüchtigen oder mit Anton Schmidt[93]) eine Abänderung des Civilrechts zu behaupten. Dahingegen kann ich dem Reinhard Bachov von Echt[94]) nicht beistimmen, wenn er dem Beklagten die Wahl nur bis zur Litis-Contestation gestattet wissen will. Denn vor dem Erkenntniß des Richters ist es ja überhaupt noch gar nicht entschieden, ob der Beklagte dem Kläger

de electione ex obligatione alternativa debitori debita. Sect. I. §. 3. Boehmer Diss. de libellis alternativis, Cap. III. §. 4. Wernher Diss. de laesione enormi §. 39.

92) Man sehe auch *Ignat. Christph.* Freybott Specim. iuris civ. quo contractum emtionis vendit. propter laesionem enorm. de se praecise rescindi determinatur. §. 22.

93) Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 149. Not.

94) Not. et Animodvers. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 10. Lit. B.

Etwas zu leisten verpflichtet sey, da Alles von dem Beweise der Läsion abhängt. Es ist also der Natur der Sache gemäß, daß dem Beklagten die ihm nach dem Gesetze züstehende Wahl auch nach dem erfolgten richterlichen Erkenntniß zu gestatten sey [95]).

Die bemerkten Rechtsmittel sind übrigens so wenig den Erben des Verletzten, als dem Bürgen desselben zu versagen [96]). Denn ausserdem, daß der Erbe ohnehin gleiche Rechte mit dem Erblasser hat [97]), so fordert ja der Verletzte nur das, was ihm an seinem Vermögen fehlt. Es kommt daher auch gar nicht darauf an, ob dem Erblasser die Verletzung bekannt gewesen ist, oder nicht, wenn nur von Seiten desselben nichts geschehen ist, wodurch er selbst von diesem Rechtsmittel wäre ausgeschlossen worden [98]). Denn eine Entsagung wird im Zweifel nie vermuthet [99]). Daß auch der Bürge durch die Aufhebung

95) S. *Tob. Nic.* WIBEL Diss. de laesione enormi in negotiis mercatoriis. *Ienae* 1794. §. 8.

96) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. LIENAU Diss. cit. de natura ac indole actionis ob laes. enorm. §. 23.

97) *L.* 59. *D. de div. reg. iur.*

98) *Dav.* MEVIUS Decision. P. II. Dec. 147. und *I. C. L. de* SCHELWITZ Comm. in qua disquiritur, utrum heredi remedium L. 2. Cod. de resc. vend. detur. *Ienae* 1767. §. 2 — 4.

99) Anderer Meinung ist zwar *W.* KAESTNER Remedium L. 2. C. de resc. vendit. liberis heredibus non opitulari. *Lipsiae* 1764. Allein man sehe *I. N.* MÖCKERT Diss. de actione rescissoria ob laesionem enormem liberis heredibus non deneganda. *Rintel.* 1767.

des Contracts von seiner Verbindlichkeit befreiet werde, sagt Papinian *L.* 95. §. *ult. D. de solution.* ausdrücklich. Wird er früher belangt, so kann er sich entweder nach der Novelle 4. *cap.* 2. der Einrede der Excussion bedienen oder auch geradezu die exceptio laesionis enormis vorschützen. Denn die aus dem Geschäfte selbst entspringenden Einreden (exceptiones reales) kommen auch dem Bürgen zu statten[100]). Gegen den dritten Besitzer findet hingegen wegen einer enormen Verletzung keine Klage statt[1]). Denn man halte sie für die Contractsklage, oder für eine Condiction, so ist sie immer nur eine persönliche Klage. Ja man würde dem verletzenden Theile die ihm nach dem Gesetze zustehende Wahl entziehen und ihn einer nachtheiligen Regreßklage aussetzen, wenn man die Klage gegen den Dritten gestatten wollte, an welchen die Sache schon wieder veräußert worden ist. Zwar nehmen Viele[2]) den Fall aus, wenn der

100) *L.* 7. §. 1. *D. de except.*

1) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 3. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. I. cap. 43. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 31. Struv Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 91. Wernher Diss. de laesione enormi. §. 24. Mevius P. V. Decis. 22. Greggel Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 19. et 20. und der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. B. Meditat. 92. Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. IV. cap. 1. §. 31. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Th. §. 199. Schweppe röm. Privatrecht. §. 395.

2) Covarruvias a Leyva Variar. Resolut. Lib. II. Cap. 3. n. 10. *Matth.* Berlich Decis. aur. P. I. Decis. 157

Verletzende nicht im Stande ist, die Läsion zu vergüten, und der Dritte entweder in bösem Glauben, oder auch um einen eben so geringen Preis oder ganz unentgeltlich die Sache an sich gebracht, und sich also mit dem Schaden des Verkäufers bereichert hat. Nach Einigen[3]) soll dann der Billigkeit wegen eine actio in factum, nach Anderen[4]) aber die actio Pauliana utilis statt finden. Allein die Beweise für diese Meinung sind nicht überzeugend. Denn die *L.* 13. §. 1. *D. de minor.* handelt von der Wiedereinsetzung eines Minderjährigen in den vorigen Stand, und kann wegen der besonderen Begünstigung des minderjährigen Alters nicht auf die Restitution eines Großjährigen wegen einer enormen Verletzung angewendet werden. Die L. 1. et L. 3. Cod. *Si vendito pign. agatur* aber sprechen von dem Verkaufe eines Pfandes, wobei der Gläubiger bekanntermaßen als Mandatar des Schuldners zu betrachten ist[5]) und folglich nichtig handelt, wenn er beim Verkaufe treulos ver-

Reinh. BACHOVIUS ECHT Not. et Animadv. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 11. lit. G. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 18. not. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. et *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. u. a. m.

3) *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 91. not. ξ. Ernst Gottfr. Schmidt theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. B. §. 945.

4) Wie Bachov, Voet und von *Cocceji* an den angef. Orten.

5) *L.* 29. *in fin. D. Famil. ercisc.*

fährt[6]); sie sind also hier ebenfalls nicht anwendbar. Am allerwenigsten aber gehört hierher die *L.* 67. *D. de contrah. emt.* wo gesagt wird, daß bei der Veräußerung einer Sache das Eigenthum cum sua causa auf den Käufer übertragen werde. Denn das Wort: causa bezieht sich offenbar nur auf die Zubehörungen der Sache, und begreift sowohl die auf der Sache ruhenden Gerechtigkeiten als Lasten unter sich[7]). Keineswegs aber ist daraus die Folge zu ziehen, daß der zweite Käufer eben so, wie der erste, belangt werden könne, wenn der Verkäufer über die Hälfte verletzt worden ist.

§. 1030.

In welchen Fällen findet keine Rescission des Kaufs wegen enormer Verletzung Statt?

Das Rechtsmittel wegen einer Verletzung über die Hälfte fällt weg:

6) *L.* 1. §. 5. *D. de except. rei vend. et trad.* *L.* 4. *et* 5. *Cod. Si vend. pign. agat.* S. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 5. Ob nicht auch dem Schuldner gegen den Verkauf, den übrigens der Pfandgläubiger auf rechtliche Art unternommen hat, das Rechtsmittel der L. 2. Cod. de resc. vendit. zustehe? ist eine Frage, welche zwar von Mehreren, z. B. Pinelus ad L. 2. C. h. t. P. II. Cap. II. §. 2. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. in fin. und Westphal syst. Erläut. der röm. Ges. vom Pfandrecht §. 220. Not. 244. Nr. 3. bejaht, von *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. I. Err. 8. aber, insofern sich der Käufer des Pfandes keines Dolus schuldig gemacht hat, aus nicht unerheblichen Gründen verneint wird.

7) S. Westphal vom Kaufe §. 115.

1) Wenn die Verletzung nicht durch den Contract, sondern durch andere zufällige Umstände entstand, welche erst nach dem Contract eintraten [8]),

2) wenn die Verletzung nicht erwiesen werden kann [9]). Von diesem Beweise ist schon oben gehandelt worden.

3) Wenn der Kauf z. B. wegen Betrugs, Furcht und Zwangs oder wegen Irrthums schon an sich nichtig ist. Denn hier kann der Handel angefochten werden, wenn auch keine enorme Läsion vorhanden ist [10]).

4) Wenn der Testator dem Erben befohlen hat, eine Sache einer gewissen Person für einen bestimmten Preis zu verkaufen [11]), oder wenn der Legatar gegen die ihm vermachte Summe eine ihm gehörige Sache an einen Andern zu überlassen von dem Testator beschwert worden ist [12]). In beiden Fällen kommt es dann auf den wahren Werth der Sache nicht mehr an, weil der Wille des Erblassers von dem erfüllt werden muß, welcher sich durch Antretung der Erbschaft oder Annehmung eines mit dieser Beschwerde behafteten Vermächtnisses zur Erfüllung desselben einmal verpflichtet hat [13]).

8) *L.* 8. *Cod. h. t.*

9) Nic. Hieron. Gundlings rechtliche Ausarbeitungen 2. Th. Nr. LXXIX.

10) Leyser Medit. ad Pand. Spec. CCV. medit. 1.

11) *L.* 49. §. *ult. D. de legat.* 1.

12) *L.* 70. §. 1. *D. de legat. II.* Papinian führt den Grund an: Non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. Man sehe über diesen Grund *Bern. Henr.* Reinoldi Varior. Cap. 27. in *Opusc.* pag. 179.

13) Pinelus cit. Comm. P. I. Legis. 2. h. t. Cap. I. nr. 19. und Voet Comm. ad Pand. h. t. 16.

5) Wenn der Verletzte wußte, daß er die Sache zu wohlfeil weggab oder zu theuer kaufte, weil hier eine Schenkung des Uebrigen um so mehr anzunehmen ist, als Schenkungen nach dem neueren römischen Rechte auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können[14]). Im Zweifel wird jedoch eine solche Wissenschaft nicht vermuthet, sondern sie muß von dem Beklagten, welcher sie als Einrede vorschützt, erwiesen werden[15]). Man muß daher im Zweifel immer annehmen, daß der Verletzte den wahren Werth der Sache nicht verstanden habe[16]). Zwar

14) *L.* 38. *L.* 57. §. 2. *D. de contrah. emt.* *L.* 53. *L.* 145. *et L.* 203. *D. de div. reg. iuris.* *L.* 11. *Cod. h. t.* *L.* 9. *Cod. de act. emti et vend.* Carpzov Iurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 3. nr. 4. Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. Bachov Not. et Animadv. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 10. lit. E. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 17. Westenberg Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 15. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200. Malblanc Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. in fin. Schweppe röm. Priv. Recht. 2. B. §. 394. a. E.

15) *L.* 19. *pr. D. de probat.* *Io Balth. L. B. a* Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 202. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 26.

16) Nemo enim facile suum iactare praesumitur. *L.* 25. *pr. de probat.* Daher setzt auch *L.* 1. *Cod. Si maior. factus. alienat. fact. sine decreto ratam hab.* ausdrücklich voraus: inconsulto errore lapsum patrem perperam venditioni consensum dedisse. S. Westphal vom Kaufe §. 803.

wird es in der *L.* 15. *Cod. de resc. vend.* dem Verkäufe zur Last gelegt, daß er sich nicht vorher erkundigt hat allein dieser Vorwurf trifft den Verletzten nur dann, wenn er, wie das Gesetz sagt, **paulo vilioris pretii** nomine den Kauf anfechten wollte. Anders ist es bei einer Verletzung über die Hälfte. Hier wird dem Verletzten seine Unwissenheit zu gute gehalten[17]). Viele[18]) halten jedoch dafür, daß, wenn das Geschäft aus Noth geschlossen ward es gar nicht darauf ankomme, ob der Verletzte den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Hier könne bei einer erweislichen Verletzung über die Hälfte ohne Unterschied auf Rescission des Handels geklagt werden. Denn das Gesetz, welches immer einen solchen Fall voraussetze, macht keinen Unterschied, sondern wolle blos die übermäßige und unbillige Ungleichheit berücksichtigt wissen. In einem solchen Nothfalle lasse sich auch von Seiten des Gedrängten nicht füglich eine Schenkung annehmen[19]). Allein das

17) Leges enim erranti, ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent. Arg. *L.* 6 §. 11. *D. Quae in fraud. creditor. L.* 41. §. 1. *L.* 206 *D. de div. reg. iur.*

18) FACHINAEUS Controv. iuris Lib. II. cap. 20. Controv. V *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII. Err. 7 MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 88. not. *a.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. I. Cap. 34. §. 9. PINELUS cit. Comm ad L. 2. Part. I. Cap. 1. nr 10. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quot. obvenient. Vol. I. Obs. 5. und *To Nic.* WIBEL Diss. de laesione enormi in negot. mercator. §. 9.

19) *L.* 18. *D. de adim. vel transf. legat. L.* 10. *Cod. donat.*

dem Verkäufer die Noth, welche ihn zum Verkaufe trieb, wenn er auch deswegen die Sache für einen geringeren Preis weggegeben haben sollte, nicht zur Aufhebung des Geschäfts berechtige, lehrt die *L.* 12. *Cod. h. t.*[20]). Eine solche Noth, soferne sie mit keinem widerrechtlichen Zwange eines Andern verknüpft war, hindert auch die Einwilligung nicht, wenn dem Verkäufer der wahre Preis der Sache bekannt war. Sie kann daher dem schuldlosen Mitcontrahenten nicht zum Nachtheile gereichen. Nicht zu gedenken, wie sehr das Commerz und die Sicherheit der Käufer darunter leiden würde, wenn man in dem Falle, wo Jemand seine Sache aus Noth zu wohlfeil verkauft hat, eine Rescission des Geschäfts gestatten wollte. Aus diesen und mehreren anderen Gründen haben daher schon Arnold Vinnius[21]) und Georg Stephan Wiesand[22]) jener Meinung widersprochen.

20) Es heißt zwar in dieser *L.* 12. *C. h. t.* Non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus necessariis urgentibus, *non viliore pretio*, vel urgente debito, te distraxisse contendis, rata manere debet; allein schon Jac. Cujacius in Recitat. Solemn. in libr. Cod. ad h. Tit. hat bemerkt, daß das NON wegzustreichen sey, wenn ein richtiger Sinn herauskommen soll. Seine Erklärung von diesem Gesetz geht nämlich dahin: *Lex ait, venditionem non rescindi, quod dicat venditor, se rem vilioris vendidisse, cum pecunia egeret, urgente aere alieno, vel munere civili a se sumto, quod sumtum exigebat; si dicat, se hoc coactum minoris vendere, non ideo venditio rescindetur.* Dem Cujaz stimmt auch Westphal vom Kaufe §. 26. bei.

21) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 56.

22) Disceptation iuris. Specim. II. *Vitebergae* 1792. Nr. I.

6) Wenn der Verletzte schon im Voraus seinen Ansprüchen wegen der unmäßigen Verletzung speciell und namentlich entsagte[23]. Denn Jedem, welcher die freie Disposition über sein Vermögen hat, steht es frei, seinen Rechten zu entsagen[24]. Mehrere Rechtsgelehrte[25] wollen jedoch einen Unterschied machen, ob der Entsagende den Werth der Sache gekannt habe, oder nicht. Im letzteren Fall halten sie den Verzicht für ungiltig, weil man hier annehmen müsse, daß er auf eben dem Irrthum, wie die Verletzung selbst, beruhe. Denn eine Entsagung setze immer eine genaue Kenntniß der zu entsagenden Ansprüche voraus. Hat nun der Entsagende den Werth der Sache nicht gekannt, so konnte er auch an keine Verletzung denken. Hierzu komme, daß Niemand durch Verzicht bewirken könne, daß kein Dolus prästirt werde[26]. Dieser würde aber hier geschehen, weil bei einer unmäßigen Läsion

23) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 57. *Io. Frid.* BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 3. Qu. 9. pag. 629. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. h. t. §. 15. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200. lit. C.

24) *L.* 29. *Cod. de pact. L.* 46. *D. eodem. L.* 14. §. 9. *D. de aedilit. edicto. L.* 69. *D. de div. reg. iur.*

25) *Ant.* MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 39. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. h. t. §. 17. *Henr.* COCCEJI Disp. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Th. 11. MALBLANC Princip. iuris. Rom. P. III. §. 551. VI. 6.

26) Arg. *L.* 27. §. 3. *et* 4. *D. de pact. L.* 1. §. 7. *D. depositi. L.* 17. *pr. D. Commod. L.* 23. *D. de div. reg. iuris.*

der Dolus in der Sache liege[27]). Allein diese Gründe verlieren ihr Gewicht, wenn man erwägt, daß selbst die Unkunde des wahren Werths der Sache die Absicht, zu schenken, nicht schlechterdings ausschließt und daher die Giltigkeit eines solchen Verzichts nicht hindert, der nichts Anderes, als die Verabredung enthält, daß es bei dem bedungenen Preise schlechterdings bleiben solle, wenn sich's auch ergeben würde, daß eine übermäßige Ungleichheit vorhanden wäre. Warum sollte ein solcher Vertrag unter Personen, welche die freie Disposition über ihr Vermögen haben, nicht verbindlich seyn, sofern demjenigen, zu dessen Vortheil die Begebung geschehen ist, kein Betrug dabei zur Last fällt? Ein solcher Dolus aber ist, wie uns die Kaiser Diocletian und Maximian, als die besten Ausleger ihrer Verordnungen, in der *L.* 10. *Cod. h. t.* lehren, nicht nach der quantitate pretii, sondern nach der qualitate facti zu beurtheilen. Und hiermit stimmt auch Papinian überein, wenn er *L.* 79. *D. de div. reg. iur.* sagt: **Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur.**

7) Wenn der Verletzte ein gewagtes Geschäft auf Gewinn und Verlust schloß. Denn die *L.* 2. *Cod. h. t.* setzt den Verkauf einer solchen Sache voraus, deren Werth schon zur Zeit des Contracts eine gewisse Bestimmung hat. Dieß fällt aber bei einer emtio spei weg, deren Gegenstand von einer Casual-Bedingung abhängt[28]). Man

27) *L.* 36. *D. de Verb. obligat.*

28) *L.* 8. §. 1. *D. de contrah. emt.* *L.* 11. §. *ult.* *L.* 12. *D. de act. E. et V.* Voet Comm. ad Pand h. t. §. 15.

wendet zwar ein, das Wagen hebe den Begriff einer enormen Verletzung nicht auf[29]). Allein wer wagt, muß den Schaden, den er sich selbst zuzuschreiben hat, mit dem Gewinne compensiren, den er auch wahrscheinlich hätte machen können. Selbst bei Erbtheilungen, bei welchen die Gesetze die genaueste Gleichheit beobachtet wissen wollen[30]), kommt die Läsion nicht in Betracht, si tantum aestimatus sit dubius eventus, wie Paulus sagt, *L. 23. D. Famil. ercisc.*[31]). Und dennoch konnten mehrere Rechtsgelehrte[32]) aus eben dieser Gesetzstelle ein Argument hernehmen, daß auch bei der emtio spei die Klage wegen der Verletzung über die Hälfte nicht ausgeschlossen sey.

8) Wenn die Gesetze selbst den Preis bestimmt haben. Denn hier wird keine Uebertheuerung gestattet[33]).

9) Wenn der verletzte Käufer die Sache willkührlich wieder veräußert und einem Anderen tradirt hat. Hier wird ihm die Klage gegen den Verkäufer darum versagt

Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band Medit. 217. und Walch Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 19.

29) Zirklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts. 2. Th. S. 85.

30) *L. 3. C. Commun. utriusq. iudic.* S. den 11. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 734. S. 103.

31) S. Westphals Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 772.

32) Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 5. Th. 18. Not. in fin. Lauterbach coll. th. pr. Pand. h. t. §. 36.

33) S. den 16. Th. 1. Abth. §. 979. dieses Commentars

weil er durch seine Handlung und durch seinen freien Willen das Geschäft in einen solchen Zustand gebracht hat, daß dem Verkäufer die ihm nach dem Gesetze zustehende Wahl nicht mehr übrig ist [34]). Ob aber endlich

10) das Gesuch um Rescission des Geschäfts auch dann wegfalle, wenn der Verkauf öffentlich an den Meistbietenden durch Zuschlag geschah? ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele [35]) tragen kein Bedenken, diese Frage schlechthin zu bejahen, wenn nur kein Betrug von Seiten des Licitanten erweislich ist. Ihre Gründe sind, weil, der Natur des Geschäfts wegen, immer derjenige Werth als der wahre angesehen werden müsse, wel-

34) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 20. de Cocceji iure civ. controv. h. t. Qu. 8. Nr. V. Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 200. lit. E.

35) Carpzov Resp. iur. Lib. IV. Resp. 1. Berlich P. I. Dec. 126. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 89. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. X. Err. 7. et 9. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 277. Berger Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 6. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. Cor. 1. Hommel Rhapsod. Question. in foro quot. obvenient. Vol. IV. Obs. 586. nr. 22. et 23. *Ge. Christph.* Golling Disq. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. neque in transact. iudiciali, neque in subhastatione publica admittendo. *Altdorfii* 1732. Cap. II. §. 7. sqq. de Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 15. Wiesand Opusc. pag. 228. Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 20. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hall. Juristen-Facultät 1. B. Nr. XLIV. Birklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 93. f.

cher durch die öffentliche Versteigerung ausgemittelt worden ist. Denn darum werde ja eine Sache subhastirt, ut, quantum fieri potest, pinguiorem emtorem inveniat. Wenn daher auf das höchste Gebot der Zuschlag geschehen ist, so müsse nach förmlichem Rechte angenommen werden, die Sache sey so gut an den Mann gebracht, als sie nur immer angebracht werden konnte, und es würde gegen den öffentlichen Glauben streiten, wenn er dem Käufer nicht volle Sicherheit gewährte. Man sucht diese Meinung aber auch noch durch mehrere Verordnungen des römischen Rechts zu begründen, in welchen gesagt wird, daß ein durch Subhastation geschehener Verkauf weder durch Autorität eines landesherrlichen Rescripts, noch durch die Rechtswohlthat des minderjährigen Alters, noch aus irgend einer anderen Ursache, als wegen Betrugs, rescindirt werden, sondern das Eigenthum einer auf diese Weise gekauften Sache bei demjenigen unwiderruflich verbleiben solle, dem dieselbe für das höchste Gebot zugeschlagen worden ist. Diese Gesetze sind:

L. 5. Cod. de fide et iure hastae fiscal. **Quaecunque pro reliquis prodigorum in annonario titulo**[36]**, caeterisque fiscalibus debitis in quibus-**

36) *Reliqua prodigorum in annonario titulo* sind rückständige Lieferungen von allerhand Lebensmitteln zur kaiserlichen Armee. *Prodiga*, sagt *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de fide et iure hastae lib. X. Tit. 17. sunt, quae pro usu quotidiano prodigi oportet: puta species annonariae, veluti vinum, frumentum, esculenta potulentave, quae prodiguntur, oder wie Cujaz ad L. 5 C. eod. annona militaris, quae in dies prodigenda est. *Annonarius titulus* ist, wie ebenfalls Gothofred a. a. O.

cunque corporibus[37]) sub auctione licitanda sunt, fisco auctore vendantur: *ut perpetuo penes eos sint iure dominii, quibus res huiuscemodi sub hastae solemnis arbitrio fiscus addixerit*, et si quidem unquam, ut a fisco facta venditio possit infringi, *auctoritate rescripti* fuerit impetratum, nullus obtemperet: cum etiam *minoribus, si quando aliquid ex rebus eorum pro fiscalibus debitis addicatur emtoribus, repetitionis facultas in omnem intercipiatur aetatem.*

L. ult. Cod. Si propter publicas pensitat. vendit. fuerit. celebrata. Si quis fundum, vel mancipium (aliamve rem) ob cessationem tributorum, vel etiam ob vestium[38]), auri argentique debitum,

sagt, quod in annonis et annonariis speciebus fisco penditur. Allein Westphal vom Kauf §. 637. meint, *Reliqua prodigorum* seyen die Reste derer, welche zur Bestreitung der Abgaben in Getreide und anderen Früchten bestellt waren und untreu gegen den Fiscus gehandelt hatten, oder der Schuldner dieser Abgabe selbst. Die Gothofredische Erklärung nimmt auch Brisonius de verb. Signif. voc. *Prodigus* an.

37) Unter *corpora* werden also hier nicht blos unbewegliche Güter verstanden, sondern auch andere Sachen von Werth.

38) Es ist dieß von militärischen Kleidungsstücken zu verstehen, welche gewisse Provinzen in Spanien, besonders die Provincia Baetica, an deren Präses diese Constitution gerichtet ist, zur Armee liefern mußten. Diese Lieferung hieß daher *Canon vestium, L. 2. Cod. Theod. de militari veste*, und die als Tribut zu liefernden Kleidungsstücke selbst wurden *vestes canonicae* genannt. *L. 1. Cod. Th. de distrah. pignorib. quae tributor. causa tenentur.* S. *Iac.* Go-

quae annua exactione solvuntur, occupata, convento debitore, et apud iudicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, *sub hasta distracta comparaverit, perpetuam emtionis accipiat firmitatem.*

L. 8. *Cod. de remiss. pignor.* Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium, palam est, etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant, *nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.*

Wie nachtheilig es für Credit und Commerz seyn würde, selbst den Minderjährigen gegen einen durch öffentliche Versteigerung geschehenen Verkauf ihrer Sachen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, lehrten insonderheit *L.* 7. §. 8. und *L.* 24. §. 1. *D. de minorib.*

Dagegen sey es keinem Zweifel unterworfen, daß auch fiskalische Subhastationen wegen Betrugs und arglistiger Collusion wieder aufgehoben werden könnten, wie folgende Gesetzstellen beweisen:

L. 3. *Cod. de iure fisci.* Si minori pretio, quam res est, *aperta fraude emtoris vel gratia,* quae obligata sunt fisco, venierint, aditus Procurator meus debitam quantitatem inferenti restitui ea praedia iubebit.

L. 2. *Cod. de fide et iure hastae fiscalis.* Duplex ratio desiderium tuum iuvat; et quod prae-

THOFREDUS Comment. ad Tit. Cod. Theodos. de militari veste Tom. II. Lib. VII. Tit. 5. und Tom. IV. Lib. XI. Tit. 9. ad L. 1. cit. pag. 93. der Ritterschen Ausgabe.

termissa hastarum solemnitate possessiones tuas ex officio distractas[39]) suggeris: *et quod pretii vilitate, ob exiguum debitum, gratiosam emtionem*[40]) *in fraudem tuam inutilitatemque rationum mearum, adversarium commentum*[41]) *fuisse dicis.* Quapropter illicita ista redargue tam indemnitati fisci consulturus, quam tuae securitati operam laturus.

L. 16. *Cod. de rescind. vend.* Si quos debitorum mole depressos necessitas publicae rationis adstringat proprias distrahere facultates: rei qualitas et redituum quantitas aestimetur[42]), *nec sub nomine subhastationis publicae locus fraudibus relinquatur, ut possessionibus viliore pretio distractis, plus exactor*[43]) *ex gratia, quam debitor ex pretio*

39) Denn ohne Subhastation konnte wegen fiskalischer Schulden nicht zum Verkaufe geschritten werden. Gesetzt aber auch, es wäre eine Subhastation geschehen, so blieb noch immer der andere Grund übrig, dieselbe anzufechten, nämlich der Betrug des Gegners. S. Westphal vom Kauf §. 20.

40) *Gratiosa emtio* ist ein Kauf, wobei es nach Gunst ging.

41) *Comminisci* heißt hier soviel, als durch List zu Stande bringen.

42) Wenn die Güter derjenigen, die den öffentlichen Kassen schuldig waren, zur Befriedigung des Fiskus veräußert werden sollten, so mußte vor der Subhastation ein Anschlag derselben gemacht werden, damit sie in einem proportionirten Werthe dem Meistbietenden zugeschlagen werden konnten, und hierdurch aller Betrug auf Seiten derer, welche dergleichen fiskalische Veräußerungen zu besorgen hatten, verhütet würde. S. Westphal a. a. O. §. 19.

43) *Exactores* wurden diejenigen genannt, welche die fiskalischen Forderungen beitrieben, wenn ihnen die Namen der Schuldner

consequatur [44]). Hi postremo sub emti titulo perpetuo dominii iure potiantur, qui tantum adnumerarint fisco, quantum exegerit utilitas privatorum [45]). Etenim periniquum est, ut, *alienis bonis*

von dem Tabularius civitatis, dergleichen Listen man breves debitorum nannte, waren angezeigt worden, dann die Schuldner auspfändeten und ihr Eigenthum zur Subhastation brachten. Sie heißen auch *Ducenarii*, *Centenarii* oder *Sexagenarii*. S. *L.* 1. *Cod. Theod. de exactionib.* und *Iac.* Gothofredi Commentar. in Cod. Theod. Lib. XI. Tit. VII. ad cit. L. 1. Tom. IV. pag. 69.

44) Die Exactores pflegten zuweilen durch Arglist und Collusion mit den Käufern die Güter der Schuldner für einen geringen Preis zuzuschlagen, so daß der Gewinn für sie dabei oft größer war, als der Preis, der aus dem Verkaufe gelöset wurde.

45) Es konnte also auch bei fiskalischen Subhastationen die gänzliche Aufhebung des Geschäfts dadurch abgewendet, und ein unwiderrufliches Eigenthum an der erstandenen Sache erhalten werden, wenn der Licitant noch soviel nachzahlte, als an dem geschätzten Werthe fehlte. Die Worte: *quantum exegerit utilitas privatorum* beziehen sich auf den proportionirten Werth der Sache, oder, wie Iensius in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 575. diese Worte erklärt, quantum ista res pro qualitate sua et redituum quantitate vulgo valeret inter privatos. Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß selbst wegen eines erwiesenen Dolus eine Subhastation nicht umgestoßen, sondern nur auf Vergütung der Läsion geklagt werden könne, weil hier der dolus nie causam dans, sondern immer nur incidens sey, welcher kein Recht gebe, auf Rescission des Geschäfts, sondern nur auf das Interesse zu klagen. *L.* 13. §. 4. *et* 5. *D. de act. emti vend.* So Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 586. nr. 35. und Emminghaus ad *Cocceji* ius. civ. controv. h. t. Qu. XV. *not.* g.

sub gratiosa auctione distractis, parum accedat publico nomini, cum totum pereat debitori[46]).

So wie nun also von Seiten desjenigen, dessen Güter öffentlich versteigert worden sind, das Gesuch um Rescission des Geschäfts unstatthaft sey, so müsse auf der anderen Seite auch der Käufer diesen Rigor gegen sich entscheiden lassen, eben weil er für ihn gelte. Er könne daher nicht restituirt werden, wenn er sich im Ueberbieten vergessen habe, weil er auch den Verkäufer nicht in den vorigen Stand herstellen kann, wo mehrere Kauflustige die Sache hinaufgetrieben haben.

Andere[47]) hingegen sind der Meinung, daß, aller dieser Gründe ungeachtet, auch Subhastationen wegen einer

46) Der Sinn dieser Worte ist, es sey unbillig, daß durch eine Versteigerung, wobei es blos nach Gunst ging, der Fiskus nur eine Kleinigkeit auf seine Forderung erhalte, dagegen aber dem Schuldner der ganze Werth verloren gehe. S. Westphal a. a. O. §. 19.

47) *Ant.* Fachinaeus Controvers. Lib. II. cap. 21. §. *Amplius*. *Ant.* Perez Praelect. in Cod. h. t. nr. 19. *Ant.* Gomez Var. Resolut. T. II. Cap. 2. nr. 23. *Io.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. IX. §. 20. *Henr.* Zoesius Comm. ad Pand. h. t. nr. 25. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Westphal vom Kauf §. 812. und desselben Rechtsgutachten 1. Band Nr. 30. Qu. 3. S. 375. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1939. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 4. Höpfner theor. pr. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 870. Not. 5. Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegen-

Verletzung über die Hälfte ohne alle Einschränkung umgestoßen werden können, wenn nur die Verletzung erwiesen werden könne, es möge ein Betrug dabei vorgegangen seyn, oder nicht. Ihre Gründe sind: 1) Die angeführten Gesetze sprächen sämmtlich nur von fiskalischen Versteigerungen, welche in der römischen Fiscalverfassung ihren Grund hätten, und daher auch keine allgemeine Anwendung fänden, redeten auch von keiner Verletzung über die Hälfte; 2) die Gesetze, welche wegen einer Verletzung über die Hälfte die Rescission des Contracts gestatten, räumten dieses Recht ganz allgemein jedem Verkäufer ein, ohne dabei auf die Art, wie der Kauf geschlossen worden, im mindesten Rücksicht zu nehmen. So weit sich nun keine gegründete Ausnahme von dieser allgemeinen Regel bei Subhastationen nachweisen läßt, sey auch kein Grund vorhanden, bei dieser Art des Verkaufs von derselben abzugehen. 3) Der gesetzliche Grund der Billigkeit tritt so gut bei Subhastationen, als beim Privatverkaufe ein. Es kämen auch 4) selbst in den Gesetzen mehrere Beispiele vor, wo Subhastationen wegen einer Verletzung rescindirt worden sind. Bei Minderjährigen sey dieß ein ganz gewöhnlicher Fall, und werde auch dafür in den Gesetzen, nämlich *L.* 7. §. 8. *et L.* 49. *D. de minoribus* erklärt, aber er sey auch bei den Großjährigen nicht unerhört, wie aus *L.* 9. *D. h. t.* erhelle, worin Skävola sagt: **Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicae venit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset, paratum se esse, vectigal exsolvere solidum,**

stände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. Band 15. Betracht. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Band §. 200.

quum minore venisset fundus, quam debita summa esset: *Praeses provinciae rescidit venditionem* eumque restitui iussit Lucio Titio[48]): quaesitum est, an post sententiam praesidis, antequam restitueretur, in bonis Lucii Titii fundus emtus esset respondit, non prius, quam emtori pretium esset illatum, vel, si pretium nondum esset ab emtore solutum, in vectigal satisfactum esset. 5) Sey zwar gewöhnlich derjenige Werth der Sache für den höchsten zu halten, wofür sie öffentlich verkauft worden; doch sey dieß nicht immer der Fall. Denn es geschehe nicht selten, daß bei Subhastationen die Güter in einem g

48) Daß hier der Verkauf sub hasta geschehen war, ist wohl nicht zu bezweifeln, weil das Grundstück des Schuldners wegen öffentlicher Abgaben war verkauft worden. Das Eigenthum war auch auf den Käufer übergegangen. Denn sonst hätte nicht die Frage entstehen können, wenn es der Schuldner wieder erwerbe. Er mußte es also durch die Adjudication und erfolgte Uebergabe des Grundstücks an den Licitanten verloren haben. Aus welchem Grunde aber der sub hasta geschehene Verkauf wieder aufgehoben worden sey, wird hier nicht gesagt. Soviel aber sieht man doch, daß das Grundstück weit mehr müsse werth gewesen seyn, als die Summe betrug, welche der fiscalische Schuldner an Steuern schuldig war. Denn sonst würde er das Grundstück gegen die Entrichtung der Steuern nicht wieder an sich zu bringen verlangt haben. Mehrere Ausleger nehmen daher an, daß der Zuschlag für den zu geringen Preis per sordes et gratiam geschehen seyn müsse. S. *An.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und *Ulr.* HUBER E nom. Rom. ad h. L. pag. 686. sq. Scävola konnte freilich darüber hinausgehen, da über die Rechtmäßigkeit der Rescission kein Streit war. S. Westphal vom Kauf. §. 610

geringen Preise losgeschlagen würden, weil es an Kauflustigen fehlt, oder auch der Zuschlag, welcher noch hätte ausgesetzt werden sollen, zu schnell erfolgte [49]). Es komme also Alles darauf an, ob derjenige, welcher sich des Rechtsmittels der *L. 2. Cod. de resc. vend.* gegen eine Subhastation bedienen will, eine Verletzung über die Hälfte erlitten zu haben, wirklich beweisen könne.

Viele [50]) unterscheiden endlich zwischen einer nothwendigen und freiwilligen Subhastation, und lassen zwar bei dieser, nicht aber bei jener die Rescission wegen einer enormen Verletzung zu. Die Gründe in Ansehung der nothwendigen Subhastation sind die nämlichen, welche auch die erstere Meinung für sich anführt. Bei der freiwilligen Subhastation hingegen soll Rescission wegen einer Verletzung über die Hälfte darum Statt finden, weil diese nach den Grundsätzen eines jeden andern Verkaufs zu beurtheilen sey, indem sie lediglich von dem Willen des Verkäufers abhänge, mithin jene Gründe, welche

49) Man führt hier zur Bestärkung die *L. ult Cod. de iure dominii impetr. L.* 16. *C. de resc. vend.* und *L.* 2. *C. de iure et fid. hastae fisc.* an.

50) Pinelus Comm. ad L. 2. C. h. t. P. II. cap. II. nr. 26. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16. Philippi de Subhastation. Cap. IV. Comm. 22. nr. 18. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 18. not. 4. *Lud.* Mencke Disp. de rescissione emtionione venditionis per subhastationem factae ob laesionem ultra dimidium ex L. 2. C. de resc. vendit. *Lipsiae* 1686. Cap. II. §. 17. sqq. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. pag. 309. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Malblanc Princip. iur. Rom. P. III. §. 551.

ei der ersteren Art der Subhastation Statt hätten, hier neistentheils wegfielen.

Unter diesen verschiedenen Meinungen ist wohl die letztere am Wenigsten begründet. Kann eine freiwillige Subhastation wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden, warum nicht auch eine nothwendige? a erstere blos das Beste des Verkäufers, letztere aber zugleich as Beste der Gläubiger, welche unter dem zu geringen Zuschlage der Güter beim Concurse nicht minder leiden, um Zwecke hat. Ist hingegen die Aufhebung einer nothwendigen Subhastation für den öffentlichen Credit nachtheilig, so ist es gewiß eine freiwillige nicht minder. Prüft man die Gründe aller drei Meinungen unpartheiisch, so ist wohl die zweite das Meiste für sich, nach welcher auch die Praxis spricht[51]). Denn daß öffentliche Versteigerungen nicht immer der sicherste Weg sind, den wahren und eigentlichen Werth einer Sache auszumitteln, wird den oben angeführten Gesetzen selbst anerkannt, welche e Rescission einer Subhastation wegen zu geringen Preis billigen, sey es auch, daß dort ein Dolus daran Schuld

) S. *Iust. Henn.* Boehmer Consultat. et Decision. iuris Tom. II. P. I. Decis. 365. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 69. *Dav.* Mevius Decision. Tom. II. P. VII. Dec. 206. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 78. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. IV. Band Erört. 43. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. 1. Band Nr. 30. S. 376.

gewesen wäre[52]). Diese Gesetze beweisen wenigstens a[uf] jeden Fall, daß Subhastationen an sich nicht wider je[de] mögliche Verletzung schützen. Ueberhaupt aber können di[e] Verordnungen der christlichen Kaiser vor Justinian hi[er] gar nicht zur Entscheidung dienen, weil durch dieselb[en] die *L. 2. Cod. de resc. vendit.* war aufgehoben un[d] zum Rechtssatz angenommen worden, daß aus dem Gru[nde] des zu geringen Kaufpreises ein sonst giltig abgeschlossen[er] Kauf nicht solle angefochten werden können[53]). Nachde[m] aber Kaiser Justinian die Verordnungen der Kai[ser] Diocletian und Maximian wieder hergestellt und i[n] seinen Codex (*L. 2. et 8. h. t.*) aufgenommen hat, müss[en] sie schlechterdings als allgemeine Verordnungen gelt[en] und können daher um so weniger blos auf den Privatve[r]kauf eingeschränkt werden, als derselbe Grund der Billig[-] keit auch bei einer öffentlichen Versteigerung, sie sey ei[ne] nothwendige oder freiwillige, eintritt. Der Grund ein[er] erweislichen enormen Verletzung ist dann gewiß auch i[m]mer ein so erheblicher Grund, daß dagegen der Einwa[nd] es sey doch eine Sache von schädlichen Folgen, wenn [ein] sub hasta geschlossener Kauf unter allerhand Vorwä[nden] wieder aufgehoben werden könnte, in keine Betracht[ung] kommen kann. Denn sonst dürfte ja eine Subhastati[on] nie angefochten werden, und das kann doch wohl [...]

52) *L. 9. D. L. 16. Cod. h. t. L. 3. Cod. de iure f[isci]* *L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscal.*

53) *L. 1. L. 4. et L. 7. Cod. Theod. de contrah. emt.* S[.] oben S. 25. ff. und von Löhr Uebersicht der das Pri[vat]recht betreffenden Constitutionen der röm. Kaiser von Con[stan]tin I. bis auf Theodos II. und Valentinian III. Wetzl[ar] 1811. S. 18. Not. 2.

Meinung des Gesetzgebers nicht seyn, wenn er sagt: *Fiscalis hastae fides* FACILE *convelli non debet*[54]). Aus diesen Gründen erkannte denn auch das hiesige Spruchcollegium in Sachen des Curators der abwesenden Wilhelmine **Jungblutin**, Imploranten, wider den Bürger Johann Georg **Salterbach** zu Hachenburg, Imploraten, die Beschwerde des ersteren wegen eines von dem Stadtgericht in einem zu geringen Preise dem Letzteren zugeschlagenen, und zur Jungblutischen Masse gehörigen Scheuer-Gebäudes betreffend, im Jahre 1790 für Recht: daß bewandten Umständen nach der Kauf über das Jungblutische Scheuer-Gebäude wieder aufzuheben, und daher Implorat, wofern er dem Imploranten den Mangel des wahren Werths zu ersetzen nicht Willens wäre, das genannte Grundstück zur Jungblutischen Masse, gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Kaufgeldes, wieder abzutreten schuldig sey. Der Implorat hatte nämlich das Grundstück als Meistbietender für 205 Thaler erstanden, nach der gerichtlich veranstalteten Taxation aber war es wenigstens 487 Thaler werth. Nach den Verordnungen der L. 2. *et* 8. *Cod. h. t.* ist nun einmal, wie **Carl Aug. Ritter**[55]) ganz richtig sagt, das iustum pretium,

54) *L.* 8. *Cod. de remiss. pignor.*

55) Specim. demonstrationis iurid. qua nonnulli casus et iura notabiliora in materia subhastationum ut et creditorum concursu obvenientia, et ICtor. nostri seculi dissensu hactenus plane ambigua, ex genuinis certis et adaequatis principiis ratiocinando terminantur. *Lipsiae* 1739. §. 27. Man sehe auch noch *Leonh.* CARLIER oder *Io. Christ. Ios. Franc. Ignat.* UNGER Diss. de rerum publicar. ac privatarum possessionibus et publicis venditionibus. *Herbipoli* 1748. Cap. III. §. 4.

welches ein gesetzliches Verhältniß mit der verkauf Waare beobachtet, ein naturale requisitum eines je Kaufs, was nur durch ein pactum contrarium ab ändert werden kann. Bei Subhastationen ist ein solch pactum nicht anzunehmen, am Wenigsten bei nothw digen, und selbst die Adjudication schließt jenes natur requisitum nicht aus, und dieß um so weniger, weil die Subhastationen gerade zu dem Zwecke geschehen, dadurch den höchst möglichen Werth der Sache aus mitteln. Ist nun das Gegentheil erweislich, was ist noch für ein Grund übrig, warum es hier anders, bei einem Privatkaufe seyn sollte?

Darin sind jedoch alle Rechtsgelehrten einverstanden daß das Rechtsmittel der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch eine blos gerichtliche Bestätigung des Contracts nicht ausgeschlossen werde. Denn solche Bestätigungen geschehen ja auf den bloßen Antrag der Interessenten, ohne vorgän gige Untersuchung, unter der gewöhnlichen Clausel, sofern der Contract an sich zu Recht bestehen kann. Die Rechte der Partheien bleiben dabei ungekränkt, wenn auch das richterliche Dekret der Verkauf nicht hätte gesch können[56]. Ob aber das Geschäft auch dann noch a

56) Arg. *L. 11. Cod. de praed. et aliis reb. minor. decr. n. alien.* Pinelus Comm. ad L. 1. Cod. h. t. R Cap. 2. nr. 21. sqq. Lauterbach Colleg. th. pr. h. t. §. 33. Wernher select. Observat. for. T. I. Obs. 234. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Sp CCV. medit. 10. Struben rechtliche Bedenken 5. Bed. 137. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 22.

fochten werden könne, wenn es eidlich bekräftigt wurde, ist streitiger. Nach der gemeinen Meinung wird diese Frage verneint, weil nach der Vorschrift des Canonischen Rechts jeder Eid gehalten werden müsse, der nicht zum Nachtheil der Seeligkeit gereicht[57]). Jedoch wollen Einige den Fall ausnehmen, wenn die Verletzung eine laesio enormissima ist[58]). Andere[59]) hingegen sind der bejahenden Meinung, weil der Eid auf einem Irrthume beruhe, wenigstens ein solcher bei einer erweislichen enormen Verletzung zu vermuthen sey, und der Eid eine Ungerechtigkeit mit sich führen würde, wenn er gehalten werden müßte. Der Schwörende könne also um Relaxation des Eides bitten, und dann auf Rescission des Geschäfts klagen. Noch Andere[60]) halten nicht einmal eine Absolution für nöthig. Endlich wollen Einige[61]) dem Eide die Wirkung beilegen,

57) Pinelus Comm. ad L. 2. Cod. h. t. Part. III. Cap. 1. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 201. sqq. Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 88. not. *γ*. Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 9. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et Q. 32. *Mich. God.* Wernher Diss. de laesione enormi. §. 47. u. a. m.

58) Frantzkius Resolut. iur. civ. Lib. I. Resol. IV. nr. 25. et 31. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 58.

59) *Ant.* Merenda Controv. iur. Lib. I. cap. 40. *Andr.* Fachinaeus Controv. iur. Lib. II. cap. 17. *Henr.* Cocceji Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vend. Th. 10.

60) *And.* Gail Practicar. Observat. L. II. Obs. 147. nr. 10. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 200.

61) Dieß ist die Meinung des Baldus, Felinus, Albericus, Catelianus Cotta, Socinus und mehrerer äl-

daß zwar nicht auf Rescission des Geschäfts, wohl aber auf Vergütung der Läsion geklagt werden könne. Die Frage ist eigentlich nach den Grundsätzen von der Wirkung eines promissorischen Eides bei rechtlichen Geschäften zu beurtheilen. Nun kann zwar der Eid an sich die rechtliche Natur der Verbindlichkeit nicht ändern[62]), es läßt sich auch nicht behaupten, daß derselbe die Kraft einer speciellen Entsagung des Rechts, wegen einer erlittenen unmäßigen Verletzung zu klagen, habe, wie Berger behauptet; denn die von ihm angeführte *L.* 77. §. 23. *D. de legat. II.* redet blos von einer Fideicommißauflage, welche den Erben, der Ungiltigkeit des Testaments ungeachtet, dennoch verbinden soll, wenn er zugleich Intestaterbe ist, und der Erblasser ihn beschworen hat, das Vermächtniß auszuzahlen[63]). Allein das canonische Recht hat nun einmal zum Gesetz gemacht, ***servanda esse iuramenta, sine vi et dolo, sponte praestita, quae in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergunt in dispendium salutis aeternae***[64]). Es erklärt diesem Grundsatze zu Folge Geschäfte, die wegen bürgerlicher Mängel ungiltig sind, und angefochten werden können, für giltig[65]). Sofern dieser Grundsatz noch [...]

terer Rechtsgelehrten, welche aber schon Pinel a. a. O. nr. 5 widerlegt hat. Man sehe auch Bachov Echt Not. et Animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Thes. II lit. E. Verb. *Adeo ut ne quidem* pag. 99.

62) S. den 4. Th. des Commentars §. 341.

63) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1364.

64) *Cap.* 28. *X. de iureiur. Cap.* 2. *de pact. in 6to.*

65) Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 16. S. 61. ff. der 2. Aufl.

gt, selbst in den protestantischen Gerichten, gilt, wird lso auch wohl die erste Meinung den Vorzug behaupten[66]), obwohl nach theoretischen Gründen die dritte Meinung für die richtigere zu halten ist.

Eben so sehr wird darüber gestritten, ob der Verkauf iner Erbschaft wegen einer enormen Verletzung angefochten werden könne? Ist die Erbschaft, als eine solche, as heißt, als eine universitas iuris, verkauft worden, lässt sich eine Verletzung über die Hälfte nicht denken[67]). Denn diese kann nur bei Sachen Statt finden, welche inen bestimmten Werth haben. Diesen haben nun zwar inzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, aber auf diese ommt es nicht an. Daher steht auch der Verkäufer einer Erbschaft nicht für die Entwährung einzelner Sachen[68]). llein die Erbschaft, als ein ideales Ganzes, hat keinen estimmten Werth. *Hereditas* enim iuris nomen est, uod et accessionem et decessionem in se recipit. *Hereditatis* adpellatio itaque sine dubio continet tiam damnosam hereditatem[69]). Der Verkäufer raucht also hier keine bestimmte Quantität zu gewähren.

6) Boehmeri ius. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24. §. 29.

7) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15; Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. I. Cap. 57. Verb. *Atque hanc eandem ob causam.* Besonders *Melch. Gottl.* Beseke de alienatione hereditatis. (*Halae* 1774. 8.) Cap. X. §. 135.

8) *L.* 2. *pr. D. de heredit. vel act. vend.* *L.* 1. *Cod. de eviction.* *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 4. §. *Vult. igitur.* Oper. T. II. p. 401. Beseke cit. lib. §. 134. und Westphal vom Kauf. §. 874.

9) *L.* 119. *L.* 178. §. 1. *D. de Verbor. Significat.*

Er liefert die Erbschaft dem Käufer aus, wie sie ist, sie sey beträchtlich oder unbeträchtlich. Paulus gibt dieses deutlich zu erkennen, wenn er *L.* 14. §. 1. *D. de hered. vel act. vend.* sagt: Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. *Quanta autem hereditas est, nihil interest.* Ein Anderes wäre es, wenn die Erbschaft nach einem Inventarium verkauft worden wäre, wodurch der Käufer bestimmt wurde, mehr dafür zu geben, als er sonst gegeben haben würde. Hier muß der Verkäufer gewähren, was er versprochen hat, weil sonst der Käufer betrogen wäre. Diese Ausnahme enthält *L.* 15. *D. eodem*, wo Cajus sagt: Nisi de substantia eius affirmaverit, das heißt, wie es Anton Faber[70]) erklärt, *nisi dixerit venditor nominatim hereditatem in his et in illis corporibus aut iuribus consistere. Quo casu id ipsum, quod promisit, praestare debet: ne alioquin decipiatur emtor, qui ex comparatione rerum a venditore affirmatarum pretium hereditati constituit, longe minori pretio emturus, si venditor nihil de substantia hereditatis affirmasset* [71]). Demohngeachtet sind mehrere Rechtsgelehrte [72]) anderer Meinung. Sie glauben, daraus, daß der Verkäufer die Erbschaft nur so prästiren dürfe, wie sie ist, folge nicht, daß sich

70) Rational. in Pand. ad L. 15. D. de heredit. vel act. vendita.

71) *L.* 9. *pr. et* §. 1. *D. de dolo malo. L.* 39. *D. de act. emti et vend.*

72) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 38. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCV. med. 4. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

der Käufer nicht über Läsion beschweren könne. Allein die Quantität einer gekauften Erbschaft steht in derselben Kategorie, wie die Güte einer verkauften Schuld-Forderung. Letztere prästirt der Verkäufer so wenig, wie die erstere, so fern ihm nur kein Dolus zur Last fällt, und auch durch Vertrag nicht etwas Anderes bestimmt worden ist[73]). Ist nun von Seiten des Verkäufers keine Verbindlichkeit zur Entschädigung vorhanden, wie kann auf Seiten des Käufers ein Klagerecht Statt finden? Nach diesen Grundsätzen erkannte auch das Königl. Preuß. Tribunal zu Berlin[74]).

§. 1031.

Wirkungen der Rescission wegen enormer Verletzung

Die Wirkungen der Rescission wegen einer Verletzung über die Hälfte sind verschieden, je nachdem der Gegenstand der Verletzung noch vorhanden ist, oder nicht mehr existirt. Im ersteren Falle müssen beide Theile sich das Empfangene zurückgeben, also der Käufer die Sache, und der Verkäufer das Kaufgeld. Ob auch die unterdessen genossenen Vortheile, nämlich Früchte und Zinsen, der Restitution unterworfen, oder nicht vielmehr gegen einander zu compensiren sind, ist nicht entschieden. Viele[75])

73) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1023.

74) S. Hymmens Beiträge zur jurist. Literatur in den preuß. Staaten 5. Sammlung S. 122.

75) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Dec. VII. Err. 7. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 50. *Casp.* Ziegler Diss. de laesione ultra dimidium. Th. 34. Leyser Meditat. ad

behaupten das Letztere, weil die Gesetze der Früchte und Zinsen nicht gedenken, überdem der Käufer bis zur Rescission des Geschäfts wahrer Eigenthümer der Sache gewesen sey, und als solcher die Früchte derselben genossen habe, wegen der hier allenfals eintretenden Ungleichheit aber dem Verletzten zur Last falle, daß er nicht früher geklagt hat. Hiezu komme, daß der Käufer die Gefahr der Sache trage, billig gehörten ihm also auch die Früchte derselben. Die Rescission geschehe ferner hier immer nur ex nunc, und nicht ex tunc, und ein Verzug auf Seiten des Beklagten lasse sich nicht eher denken, als von Zeit des erhobenen Prozesses an. Allein die, welche das Gegentheil behaupten[76]), wenden dagegen ein, durch die Rescission werde Alles in den vorigen Stand gebracht. Also müsse auch die Sache mit den Früchten, und das Kaufgeld mit den genossenen oder zu erheben gewesenen Zinsen restituirt wer-

Pand. Vol. III. Specim. CCV. medit. 9. PINELUS Comm. cit. P. II. Leg. 2. Cap. 4. nr. 2. *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. I. cap. 46. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 6. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 29. GREGEL Specim. de remedio L. 2. C. de resc. vend. §. 21. Westphal vom Kauf §. 804. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. Medit. 29. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1938. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. III. §. 551. u. a.

76) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. ult. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 102. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 2. C. de resc. vendit. Thes. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. et 27. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 199. Schweppe röm. Privatrecht. 2. B. §. 395.

den, so weit nicht deshalb eine verhältnißmäßige Compensation Statt findet[77]). Eine gänzliche Compensation der Früchte mit den Zinsen des Kaufgeldes erlaube aber die hier vorhandene Ungleichheit des Empfangenen nicht. Das Gesetz gedenke freilich der Früchte so wenig wie der Zinsen. Allein die Ausdrücke: pretium *restituere*, et fundum *recipere*, begriffen diese Wirkung nach der eigenen Erklärung der Gesetze unter sich. Cum enim verbum *restituas* lege invenitur, sagt Paulus *L.* 173. §. 1, *D. de div. reg. iuris*, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam *fructus* sunt restituendi. Eben dieses bestärkten auch die *L.* 22. 35. 75. und *L. ult.* §. 1. *D. de Verb. Signif. L.* 38. §. 4. *D. de Usuris et fruct.* Von den Zinsen aber sagt Ulpian *L.* 34. *D. eodem: vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.* Ueberhaupt sey das Verhältniß der Contrahenten unter einander hier nach den Grundsätzen der actio redhibitoria zu bestimmen[78]). In der Theorie verdient diese letztere Meinung allerdings den Vorzug. Denn man kann hier nicht sagen, der Verletzte leide den Schaden wegen der Ungleichheit der Compensation durch seine Schuld, daß er nicht früher geklagt habe, weil er nicht früher zu klagen schuldig war. Eher könnte man es dem Beklagten zur Last legen, daß er nicht den ihm offen gestandenen anderen Weg, näm-

77) *L.* 23. §. 2. *L.* 28. §. *ult. D. Ex quib. caus. maior L.* 24. §. 4. *L.* 27. §. 1. *D. de minorib. L.* 40. §. 1. *D. eodem. L.* 1. *Cod. Si maior factus alienat. factam sine decreto ratam hab.*

78) *L.* 23. §. *ult. L.* 27. *L.* 43. §. 5. *D. de aedilit. edict.*

lich die Vergütung der Läsion, einschlug, und dadurch die ganze Rescission abwendete. Daß der Käufer die Gefahr trägt, kann ihn auch von der Restitution der Früchte nicht befreien, wenn der Kauf rescindirt wird. Denn auch bei der addictio in diem geht die Gefahr auf den Käufer über. Er bezieht auch als Eigenthümer die Früchte; allein meldet sich ein besserer Käufer, dessen Bedingungen der erste Käufer nicht erfüllen will, so muß er alle gezogenen Nutzungen dem Verkäufer zurückgeben[79]). Dieß ist eine ganz natürliche Folge einer jeden Rescission. Dennoch ist jene erstere Meinung die in der Praxis allgemein herrschende. Auf jeden Fall kann jedoch der Käufer die nothwendigen und nützlichen auf die Sache selbst verwendeten Unkosten abziehen. Die Kosten hingegen, die er blos zu seinem Vergnügen aufwandte, kann er nur wegnehmen, soweit es, ohne die Sache selbst zu verderben, geschehen kann[80]). Hiernach ist denn auch die Frage zu entscheiden, ob die von dem Käufer einem Dritten auf die Sache gegebene Hypothek erlösche oder giltig bleibe? Schon Baldus und Bartolus stritten darüber. Ersterer vertheidigte die fortdauernde Giltigkeit der Hypothek, welche Letzterer in Zweifel zog. Beide haben wichtige Anhänger gefunden. Auf der Seite des Bartolus stehen Jac. Cujacius[81]), Anton Merenda[82]), Anton Faber[83]),

79) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *L.* 6. *D. de in diem addict.*

80) Pinelus ad L. 2. P. II. Cap. 3. nr. 4. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 50. et 54. *Henr.* Cocceji Diss. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 6. in fin.

81) Observation. Lib. XXIV. cap. 36.

82) Controv. iur. Lib. I. cap. 45.

83) De erroribus Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

Reinhard Bachov[84]), Arnold Vinnius[85]), Lauterbach[86]), Georg Frantzke[87]), Anton Schulting[88]), Westphal[89]) und a. m. Dem Baldus folgen Pinel[90]), Fachinäus[91]), Negusantius[92]), Samuel von Cocceji[93]) und Andere. Ich trage kein Bedenken, auf die Seite der Ersteren zu treten. Denn ohne Zweifel war der Käufer, als wahrer und vollkommener Eigenthümer, eine solche Hypothek auf der Sache zu bestellen befugt. Nun geschieht hier die Rescission nicht ipso iure, weil der Käufer das Eigenthum unbedingt erworben hat, und die Aufhebung des Contracts durch Vergütung der Läsion abwenden kann. Will er dieses nicht, sondern gibt die Sache zurück, so geschieht auf Seiten des Verkäufers eine neue Erwerbung des Eigenthums. Hier findet also die Regel nicht statt: *resoluto iure consituentis, resolvitur etiam ius ab ipso constitutum.* Denn diese Regel findet nur dann ihre Anwendung, wenn der Constituent entweder kein vollkommenes Eigenthum, oder das Eigenthum nur unter einer resoluti-

84) Tr. de pignorib. Lib. V. cap. 13. §. 6.

85) Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 5.

86) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 51.

87) Commentar. in XXI. libros Pand. Lib. XX. Tit. 6. nr. 154. sqq.

88) Thes. controv. Dec. LXVII. Th. 7.

89) Vom Kauf. §. 804. und dessen Pfandrecht §. 245.

90) Comm. cit. P. II. Cap. 3. nr. 11.

91) Controv. iuris Lib. II. cap. 33.

92) De pignoribus. P. V. membr. I. nr. 43.

93) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 25.

ven Bedingung erworben hatte. Hatte hingegen der Käufer, wie in dem gegenwärtigen Falle, ein unwiderrufliches Eigenthum erworben, welches wider seinen Willen nicht von dem revocirt werden konnte, von welchem es auf ihn übertragen worden war, so bleibt das auf der Sache einem Dritten ertheilte Pfandrecht gültig[94]. Es kann jedoch der Verkäufer von dem Käufer mit Recht verlangen, daß er die Sache von der Pfandbeschwerde befreie. Deswegen bleibt ihm der Käufer auch noch nach der Zurückgabe mit der actio venditi verpflichtet, und er kann deshalb von ihm Cautionsleistung fordern[95]. Hat der Verkäufer das Kaufgeld noch nicht zurückgegeben, so kann er auch soviel davon zurückbehalten, als zur Bezahlung der Pfandschuld erforderlich ist[96]. Es ist hier gerade eben so, wie bei der Redhibition einer fehlerhaften Sache, von welcher Ulpian sagt *L. 4. pr. D. Quib. mod. pignus solv.* **Si debitor, cuius res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit, an desinat** ***Serviana*** **locus esse? et respondet,** ***magis esse, ne desinat,*** **nise ex voluntate creditoris hoc factum sit.** Mit ihm stimmt auch Paulus überein, welcher *L. 43. §. 8. D. de aedilitio Edicto* lehrt: **Pignus manebit obli-**

94) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Gottl.* GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. (*Ulmae* 1778.) §. 6.

95) *L. 21. §. 1. D. de aedilit. Edicto.*

96) Man vergleiche hier *Io. Paul.* TRUMMER Disput. de effectu hypothecae post resolutum dominium constitutae *Lipsiae* 1741. Cap. III. §. 29—31.

gatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset. Diesem ist auch nicht entgegen, was eben dieser Paulus an einem anderen Orte sagt. *L.* 60. *D. eodem*: Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emtio neque venditio intercessit. Denn dieser Ausspruch bezieht sich blos darauf, daß nach erfolgter Aufhebung des Contracts beide Theile sich das Empfangene restituiren müssen, mit Allem, was dazu gehört, eben so, als wenn kein Kauf wäre geschlossen worden, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, wie Ulpian sich hierüber *L.* 23. §. 1. *D. eodem.* erklärt, quam haberet, si emtio facta non esset. Hiermit fällt nun auch der von Johann Voet[97]) gemachte Unterschied, ob der Verkäufer oder der Käufer der verletzte Theil sey, und deswegen aus der L. 2. C. h. t. auf Rescission des Contracts klage, als an sich ungegründet hinweg. Er behauptet, daß in dem ersten Falle die Sache dem Verkäufer frei und ohne alle Beschwerung zurückgegeben werden müsse, weil hier die Aufhebung des Contracts nicht von dem freien Willen des Käufers abhänge, sondern derselbe vielmehr von dem Verkäufer durch seine Klage genöthiget werde, den Contract aufzugeben, wofern er nicht das Fehlende an dem Kaufschilling ergänzen wolle. Wenn hingegen der Käufer selbst, welcher die Hypothek bestellt hat, wegen einer enormen Verletzung auf die Aufhebung des Contracts klage, so geschehe dieß durch eine freiwillige Entschließung desselben, und hier bleibe daher das Pfandrecht eben so, wie bei der Redhibition einer feh-

97) Commentar. ad Pand. L. XX. Tit. 6. §. 9.

lerhaften Sache, giltig, weil hier die Sache cum sua causa auf den Verkäufer übergehe. Allein daß hier der Unterschied, ob die Rescission des Contracts aus freier Entschließung des Käufers, oder wider dessen Willen geschehe, auf die Fortdauer oder Erlöschung der Hypothek gar keinen entscheidenden Einfluß habe, ist schon von Vinnius[98]) und vorzüglich von Faber[99]) so einleuchtend erwiesen worden, daß diese Meinung gar keiner weiteren Widerlegung bedarf. Ich gehe also zu dem Falle über, wenn der Gegenstand der Verletzung bei dem Käufer nicht mehr vorhanden ist. Es lassen sich hier wieder zwei Fälle denken:

1) Der Käufer hat die Sache an einen Dritten veräussert. Daß hier dennoch der verletzte Verkäufer von dem Käufer noch immer Entschädigung fordern könne, wenn die Veräusserung arglistig, um den Ansprüchen des Verkäufers auszuweichen und diese dadurch zu vernichten, geschah, leidet keinen Zweifel. Denn die Regel: dolus pro possessione est[100]), findet auch bei persönlichen Klagen Statt. Aber streitiger ist es, ob die Entschädigungs-Forderung des Verkäufers auch in dem Falle begründet sey, wenn die Veräusserung in gutem Glauben geschah? Peter von Toullieu[1]) läugnet dieß schlechter-

98) Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 5.

99) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 2.

100) *L.* 131. *D. de div. reg. iur.* S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 1. Abth. §. 474. S. 62.

1) Diss. de usu remedii L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel extincta; in EIUS *Collectan. iur. civ.* Diss. XII. §. 10. pag. 338. sqq.

dings, weil der Käufer nun die Sache nicht mehr restituiren könne, zu deren Veräußerung er als Eigenthümer berechtigt war. Die Behauptung des Gegentheils würde auch für die Sicherheit des Handels und Gewißheit des Eigenthums nachtheilige Folgen haben. Dagegen behaupten Andere[2]), der Verkäufer könne wenigstens immer noch auf Ergänzung des wahren Werthes klagen. Denn der Käufer, auch abgesehen davon, daß er durch sein eigenes Factum das Vermögen zur Restitution der Sache verloren habe, sey alternativ zur Ergänzung des wahren Werths oder zur Restitution der Sache verbunden. Es trete also hier die Regel ein, die bei alternativen Verbindlichkeiten gilt, daß, wenn auch dem Schuldner das Eine zu leisten unmöglich geworden, er dennoch zur Leistung des Andern verbunden bleibe. Heinrich von Cocceji[3]) verwirft zwar diesen Grund mit Recht, welchen auch Toullieu[4]) sehr ausführlich widerlegt hat, stimmt aber doch jener Meinung aus dem Grunde bei, **ne suo facto, etsi alia nulla eius culpa sit, alii noceat,** welches die Gesetze[5]) nicht erlaubten. Ja er geht noch weiter. Er glaubt ohne Bedenken behaupten zu können, daß der Richter durch die Aufhebung des Contracts auch die Ver-

2) Pinelus Comm. ad L. 2. P. II. Cap. 1. nr. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 131. nr. 5. sqq. u. a. m.

3) Diss. de electione rei conventi et enormi laesione. *Trajecti ad Rhen.* 1689. Sect. II. §. 89.

4) Cit. Diss. §. 14. sqq. pag. 339. sqq.

5) *L.* 155. *D. de div. reg. iur. L.* 25. §. 2. *in fin. D. ad SCtum Trebell.*

äußerung rescindiren, und hierdurch dem Verkäufer das Eigenthum, und mit demselben auch zugleich die Reivindication gegen den dritten Besitzer wieder herstellen könne, eben so, als wenn gar keine Veräußerung geschehen wäre. Denn so sey es auch bei den prätorischen Restitutionen. Eben diese Meinung hat auch Samuel von Cocceji[6]) zu der seinigen gemacht. Allein selbst prätorische Restitutionen haben nicht immer die Wirkung, daß dadurch Geschäfte rescindirt werden, welche mit einem Dritten geschlossen worden sind[7]); um wie viel weniger kann eine so folgenreiche Wirkung einem blos aus dem Grunde der Billigkeit zugelassenen Rechtsmittel beigelegt werden, welches das Gesetz durchaus nicht kennt[8])! Ueberhaupt fällt alle Restitution weg, wo Niemand vorhanden ist, der sich entweder gegen die Billigkeit mit dem Schaden des Andern, dem keine Schuld zur Last fällt, zu bereichern sucht, oder sich einer Arglist oder Ungerechtigkeit schuldig gemacht hat, welche nach Recht und Billigkeit nicht ungestraft bleiben kann[9]). Nach dieser Ansicht kann also im Falle einer geschehenen Veräußerung des Objects der Verletzung nur dann eine Entschädigungsforderung Statt finden, wenn sich der Käufer entweder dadurch arglistig des Besitzes der Sache zu entäußern suchte, um die Ansprüche des Verkäufers zu vereiteln, oder durch die Veräußerung wirklich bereichert worden ist[10]).

6) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

7) S. meine Opuscula iurid. Fasc. II. pag. 283. sqq.

8) Emminghaus ad *Coccejum*. c l. not. p. pag. 424.

9) S. meine Opuscula a. a. O. pag. 291.

10) *L.* 14. *L.* 26. §. 12. *L.* 65. §. 8. *D. de condict. indeb.* Voet Comment. ad. Pand. h. t. §. 19. *Pet. de* Toullieu Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 20.

2) Wie, wenn aber die Sache bei dem Käufer durch Zufall zu Grunde oder verloren gegangen seyn sollte? Hier assen sich zwei Fälle denken: a) Der Verkäufer ist der verletzte Theil. Dann fällt aller Anspruch weg, wenn die Sache ohne Arglist des Käufers verloren oder untergegangen ist[11]). Denn der Verkäufer kann nur Aufhebung des Geschäfts verlangen. Der Käufer ist also nur zur Restitution der Sache verbunden. Von dieser Verbindlichkeit wird er aber durch den Untergang der Sache befreit[12]). Der Verkäufer kann daher nun auch nicht einmal mehr Ergänzung des wahren Werthes fordern. Denn deshalb findet keine besondere Klage Statt. **Supplementum enim pretii non est in actione, sed solutione, quae e lege tribuitur.** Es gilt also hier, das Ulpian *L.* 6. §. 1. *D. de re iudic.* von einer gleichartigen Klage sagt: **At iudicium *solius noxae deditionis* nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur, et ideo iudicati in decem agitur. His**

11) S. *Henr.* Coccejі Diss. de electione rei conventi ex enormi laesione. Sect. II. §. 8. *Pet. de* Toullieu cit. Diss. de usu remedii L. 2. Cod. de resc. vend. re alienata vel extincta. §. 21 — 23. in *Collectan.* pag. 246 sqq. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. h. t. verb. *Ait Lex vel si emtor. elegerit.* pag. 319. *Hug.* Donellus Comm. ad L. 2. Cod. h. t. nr. 14. in fin. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 19. Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 90. *Steph. Sigism.* Wloemen Disp. de laesione ultra dimidium peremta re ab emtore non praestanda. *Giessae* 1762. Gregel Specim. cit. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Cap. IV. §. 22. Westphal vom Kauf §. 806.

12) *L.* 23. *L.* 33. *L.* 37. *D. de verb. obligat.*

enim solis condemnatur. *Noxae deditio in solutione est, quae e Lege tribuitur.* Ist es aber der freien Wahl und Willkühr des Beklagten zu überlassen, ob er durch Ergänzung des wahren Werthes die Rescision des Geschäfts abwenden wolle, so folgt hieraus, daß, wenn die Klage auf Rescission durch den Untergang der Sache erloschen ist, auch keine Ergänzung des Werths weiter gefordert werden könne[13]). Der Verkäufer muß sich nun also mit dem Preise begnügen, den er von dem Käufer für die Sache erhalten hat. Hiezu kommt noch, daß der Käufer, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist, auch nicht für bereichert gehalten werden kann. Beide Theile leiden hier Schaden. In einem solchen Falle, wo beide sich in gleicher Lage befinden, ist es der gesetzlichen Billigkeit gemäß, für denjenigen zu sprechen, welcher sich in dem Besitze dessen befindet, was ihm nach seinem Rechte gebührt[14]). Nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, lehrt Paulus *L.* 91. §. 3. *D. de Verbor. oblig.* quare non potentior sit, qui teneat, quam qui persequitur? So einleuchtend dieses Alles ist, so sind dennoch viele Rechtsgelehrte anderer Meinung. Einige[15]) glauben, daß Alles darauf ankomme

13) *Arg. L.* 39. §. *fin. L.* 42. §. 1. *L.* 26. §. 4. *D. de min. act. L.* 12. §. 1. *D. de iure dot.*

14) *L.* 13. *D. de doli mali et met. except. L.* 154. *D. de div. reg. iur. L.* 9. §. 4. *D. de public. in rem act. L.* 15. *Cod. de rei vind. L.* 4. §. 2. *L.* 8. *D. de condict. ob turp. caus. L.* 12. *D. de donat. L.* 11. §. 6. *D. de minorib.*

15) Pinelus Comm. cit. P. II. Cap. I. nr. 36. et 37. und die von diesem angeführten Bartolus, Baldus, Azo, Gr

ob der Käufer an dem Untergange der Sache Schuld
ey, oder nicht. In dem ersteren Falle soll der Käufer
für Entschädigung des Verkäufers haften. Culpa enim
et mora perpetuat obligationem[16]). In dem letz-
teren hingegen sprechen sie ihn frei. Allein dem Käufer
kann nicht eher ein Verzug zur Last gelegt werden, als
nachdem ihn der Verkäufer belangt hat. Ist also die
Sache schon vorher, zwar durch die Schuld des Käufers,
aber doch ohne Arglist desselben, untergegangen, so ist der-
selbe für eine solche Culpa nicht verantwortlich. Denn
er war unbeschränkter Eigenthümer der Sache. Es fin-
det also hier der Ausspruch des Ulpian Statt, welcher
L. 25. §. 11. *D. de heredit. petit.* von den bonae
fidei possessoribus sagt: Si quid dilapidaverunt,
perdiderunt, *dum re sua se abuti putant*, non prae-
stabunt. Ja Einige[17]) gehen so weit, daß sie sogar auch
in dem letzten Falle, wenn die Sache durch bloßen Zu-
fall, ohne alle Schuld des Käufers, zu Grunde gegan-
gen ist, dem Verkäufer noch die Rechtswohlthat der L. 2.
Cod. h. t. angedeihen lassen wollen. Allein auch diese
haben Unrecht. Sie sagen, nach den Worten der L. 2.
könne freilich der Verkäufer wegen einer enormen Ver-
letzung nur auf die Aufhebung des Kaufs, und nicht auf
die Ergänzung des wahren Werths klagen; allein die Kai-

Covarruvias, Gomez u. a. m. Auch Richter Decis. P. II.
Decis. 99. nr. 108. sq.

16) *L.* 23. *L.* 82. §. 1. *L.* 91. §. 3. *D. de Verb. obligat.*

17) *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. I. cap. 44. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. et 28. Titius Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. cap. 20. §. 32. u. a.

ser setzten in ihrem Rescripte den Fall voraus, daß die verkaufte Sache bei dem Käufer noch vorhanden sey. Man könne daher nicht behaupten, daß ihre Verordnung auch Statt finden müsse, wenn die Sache nicht mehr existire. Denn die Verbindlichkeit des Käufers hänge nicht von der Existenz der gekauften Sache ab, sondern sie sey in der Natur des Contracts gegründet, weil anzunehmen sey, daß sich die Contrahenten darüber stillschweigend vereiniget hätten, daß der Käufer, bei einer erweislichen enormen Verletzung des Verkäufers, zur Ergänzung des wahren Werths oder zur Restitution der Sache verbunden seyn solle. Der Verkäufer verliere also durch den Untergang der Sache die ihm gegen den Käufer zustehende Klage eben so wenig, als man behaupten könne, daß ein Schuldner, welcher alternativ entweder Dieses oder Jenes zu leisten verbunden ist, von seiner Verbindlichkeit dadurch befreit werde, wenn einer von beiden Gegenständen zu Grunde geht. Man fügt endlich auch noch den Grund hinzu: kann der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen, wenn gleich die Sache noch vor der Uebergabe durch Zufall zu Grunde gegangen ist, warum sollte er nicht auch noch nach der Uebergabe auf Ergänzung des wahren Werthes der Sache klagen können, wenn er eine enorme Verletzung erweislich erlitten hat, da es gleichviel sey, ob man den Werth seiner Sache vermöge Vertrags, oder vermöge gesetzlicher Autorität fordert? Allein das ganze Raisonnement geht hier von dem falschen Grundsatze aus, daß die Verbindlichkeit des Beklagten im Falle einer vorhandenen enormen Verletzung des Klägers eine alternative sey, welches aber schon an einem anderen Orte[18]) widerlegt worden ist. Der

18) S. §. 1029. S. 73. f.

Grund, der Käufer müsse die Gefahr tragen, kann hier nichts entscheiden. Der Käufer war allerdings wahrer Eigenthümer der Sache, und leidet, als solcher, durch den Untergang derselben den Schaden insofern ohne Zweifel, daß er von Niemanden deshalb Ersatz fordern kann. Allein eine andere Frage ist es, ob der Verkäufer gegen ihn auf die Ergänzung des Werths klagen könne? und dieß ist schlechterdings zu verneinen. Denn wird der Käufer nach der Regel: res perit ei, cui debetur, durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frey, dieselbe dem Verkäufer zu restituiren, so kann ein weiterer Anspruch an den Käufer darum nicht mehr Statt finden, weil die Ergänzung des wahren Werthes dem Käufer blos dazu vom Gesetze nachgelassen ist, um die Rescission des Contracts dadurch abzuwenden.

b) Wenn hingegen der Käufer der verletzte Theil ist, so kann derselbe zwar auch eigentlich nicht auf Rescission des Contracts klagen, weil er die Sache nicht mehr herausgeben kann, wenn sie bei ihm zu Grunde gegangen ist. Allein da doch der Verkäufer das ungerechte Kaufgeld noch besitzt, und daher mit dem Schaden des Käufers bereichert ist[19]), so kann er immer noch Schadensersatz fordern. Denn insofern der Käufer aus Unwissenheit mehr als den doppelten Werth für die Sache bezahlt hat, ist eine wahre Solutio indebiti vorhanden; er kann daher wenigstens darauf klagen, daß ihm der Verkäufer zurückgebe, was dieser über den wahren Werth erhalten

19) Pretium enim, quod semel in corpus patrimonii venditoris abiit, quantitas est, quae non perire censetur. *L.* 11. *Cod. Si cert. petat.*

hat. Denn in Ansehung dieses Ueberschusses ist der Verkäufer bereichert, wenn er auch die Sache nicht zurückerhält, wofern nur dem Käufer kein Dolus zur Last fällt. **Nam hoc natura aequum est,** sagt Pomponius *L.* 14. *D. de condict. indebiti,* **neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.** Der Verkäufer kann zufrieden seyn, daß er doch noch den wahren Werth der Sache behält [20]).

§. 1032.

Ausdehnung der L. 2. Cod. de resc. vendit. auf andere Geschäfte.

Man wendet das Rechtsmittel wegen einer Verletzung über die Hälfte in der Praxis auch bei anderen zweiseitigen Geschäften an, welche eine Gleichheit wechselseitiger Prästation erfordern, es mag dadurch das Eigenthum, oder es mögen andere Rechte übertragen werden [21]).

20) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 19. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 30. *Henr.* Cocceji Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vend. Th. 13. et Disp. de electione rei conventi ex enormi laesione. §. 13. *Pet.* de Toullieu cit. diss. §. 28. in Collectan. iur. civ. pag. 350. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 90. Westphal vom Kauf §. 809. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 200.

21) *Iac.* Cujacius Recitat. Solemn. in Cod. ad L. 2. h. t. et Observat. Lib. XVI. c. 28. Pinelus cit. Comment. P. I. Cap. 3. nr. 1. sqq. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13. *Ant.* Merenda Controv. iur. Lib. I. cap. 34. sqq. *Henr.* Cocceji Disp. de remedio L. 2. C. h. t. Th. 15. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. sqq. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 181. u.

In der Theorie wird zwar darüber gestritten, ob eine solche Ausdehnung der Absicht des Gesetzes entspreche. Viele wollen dieß läugnen, und zwar aus mancherlei Gründen. Einige[22]) sagen, die *L.* 2. *C. h. t.* sey ein neues correctorisches Gesetz, und lasse daher auch wegen Gleichheit des Grundes keine Ausdehnung zu. Andere[23]) hingegen halten die ganze Verordnung für eine abgeschmackte, dem Naturrecht widerstreitende Vorschrift, die keinen vernünftigen Grund habe. Zwar sey nicht zu läugnen, daß dem allgemeinen Verkehre die Idee einer durchgängigen Gleichheit als letzter Zweck zu Grunde liege. Aber ihr stehe die Idee der Freiheit zur Seite, auf deren Kosten keine Gleichheit befördert werden dürfe. Ueberhaupt laufe die **Querela laesionis enormis** ganz gegen den ka-

Supplem nov. pag. 168. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bedenken 119. Mevius P. II. Decis. 148. nr. 5. Daries Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. §. 9. — §. 17. *Sam. de* Cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 16. Hannesen Diss. de immodica laesione §. 11 — 13. *Ge. Lud.* Boehmer Electa iur. civ. Tom. I. Exerc. IX. §. 19. pag. 279. Westphal vom Kauf §. 813. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 197.

22) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmat. Dec. VIII. Err. 8. *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 3. *Ios.* Finestres Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Libros VI. ad L. 23. D. Locati. pag. 483. sqq. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 870. Not. 5.

23) Weber's syst. Entw. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 41. S. 116. Zirklers Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. Th. S. 83. folg.

tegorischen Imperativ der Verträge. Allein dieser Gründe ungeachtet, läßt sich nicht wohl annehmen, daß die bemerkte Ausdehnung der Absicht des Gesetzes widerstreite, und man wendet sie daher mit Recht beim Tausch, Pacht und anderen onerösen Geschäften an, bei denen auf Billigkeit und Gleichheit gesehen wird. Gesetzt, die Verordnung der Kaiser *Diocletian* und *Maximian* wäre wirklich als ein ganz neues correctorisches Gesetz anzusehen, so folgt deswegen noch nicht, daß die Ausdehnung desselben zu verwerfen sey. Denn paßt der Grund einer correctorischen Verordnung auf Fälle, welche in dem älteren ungeändert gelassenen Rechte nicht entschieden sind, so steht der Ausdehnung derselben nichts entgegen 24). Allein man erwäge, daß die Kaiser in der *L. 2. Cod. h. t.* nicht blos *gesetzgebend* verfahren, indem sie die vorher noch unbestimmt und blos dem richterlichen Ermessen überlassen gewesene Größe der Verletzung im Preise, wegen welcher ein Kauf soll rescindirt werden können, für immer festsetzen, sondern auch *richtend*, indem sie eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel hier auf den ihnen vorgetragenen besonderen Fall durch bloßes Urtheil anwenden. Sie mißbilligen nämlich eine Verletzung über die Hälfte beim Kaufe darum, *weil sie der Billigkeit zuwiderläuft*. Dieser Grund der Billigkeit ist schon in dem älteren Rechte als Gesetz anerkannt, und zwar nicht blos beim Kaufe, sondern bei allen zweiseitigen Geschäften, wo es auf eine Gleichheit wechselseitiger Prä-

24) S. *Thibaut* Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 20. S. 95. der zweiten vermehrten Ausgabe. (*Altona* 1806.)

stationen ankommt. Daher sagt schon Paulus *L.* 79. *D. pro socio*, **manifesta iniquitas corrigi potest per iudicium bonae fidei**; und die Kaiser Diocletian und Maximian stellen an einem anderen Orte, *L.* 3. *Cod. Communia utriusque iudicii* diese Rechtsregel als Entscheidungsgrund auf, wenn sie im Allgemeinen sagen: **quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur**; sie zeigen also nur die Anwendung derselben auf die ihnen vorgelegten Fälle. Schließt nun der Richter, welchem es zur Pflicht gemacht ist, dasjenige, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, entweder mittelst der Interpretation oder der Jurisdiction zu ergänzen[25]), aus diesem Entscheidungsgrunde weiter fort, so ist ein solcher Schluß nicht sowohl Ausdehnung, als vielmehr blos consequente Anwendung des Gesetzes[26]). Man setzt uns nun zwar den Ausspruch des Hermogenian entgegen, welcher *L.* 23. *D. locati.* sagt: **Praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest**; und da Hermogenian erst nach Diocletian und Maximian lebte, so würde er es gewiß, sagt man, nicht blos bei der Ausnahme, welche er in Ansehung des Dolus macht, haben bewenden lassen, sondern auch der enormen Verletzung gedacht haben, wenn die Verordnung der *L.* 2. *C. h. t.* eine solche Ausdehnung erlaubt hätte. Allein man erinnere sich, daß der Kaiser

25) *L.* 12. *et* 13. *D. de Legib. SCtis. etc.*

26) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 16.

Constantin I. unter welchem Hermogenian lebte[27]), die Anwendung der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* durch die *L. 1. Cod. Th. de contrah. emt.* verboten hatte. Der Ausspruch des Hermogenian war also ganz diesem Rechte gemäß. Dennoch konnte ihn auch Justinian beibehalten. Denn in der Verbindung, in welche derselbe mit der vorhergehenden *L. 22. D. Locati* gesetzt ist, hat er nun den ganz richtigen Sinn, daß der Verpächter nicht befugt sey, unter dem Vorwande, daß das Pachtgeld zu gering sey, von dem Pachte abzugehen; welches denn aber freilich nunmehr, vermöge der von Justinian wieder hergestellten Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, eine Verletzung über die Hälfte nicht ausschließt. Nur bei einem Vergleiche fallen diese Grundsätze insofern weg, als derselbe, nach seiner besonderen Natur, des Irrthums wegen nicht angefochten werden kann[28]). Dahin gehört 1) wenn der Werth der Sache gerade das ist, was als ungewiß zu dem Vergleiche die Veranlassung gab, und 2) wenn schlechthin über einen ungewissen Gegenstand transigirt worden, dessen Werth beide Contrahenten nicht als gewiß voraussetzten[29]). Sollte hingegen 3) die Ungewißheit des Gegenstandes, welche den Vergleich veranlaßte, auf den Werth desselben gar keinen entscheidenden Einfluß haben, weil beide Theile diesen, so wie er angegeben worden, als gewiß und ausgemacht voraussetzten; so ist der An-

27) S. *Ioh.* FINESTRES Comment. in Hermogenian. Diss. praelim. §. 5. pag. 3. sqq.

28) S. den 5. Theil dieses Commentars §. 348.

29) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 356. S. 89.

wendung der *L. 2. C. de resc. vend.* auch bei einem
geschlossenen Vergleiche nichts entgegen zu setzen, weil
hier der Natur desselben nicht entgegen ist, die allgemei=
nen Grundsätze vom Irrthum bei Verträgen auf den=
selben anzuwenden[30]). Theilungen hingegen haben das
Eigene, daß sie angefochten werden können, wenn gleich
die Verletzung nicht unmäßig ist[31]).

30) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 11. Abhandl. S. 249 ff.

31) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 734. S. 103. ff. und *Henr.* Cocceji Disp. de remedio L. 2. Cod. de resc. vendit. Th. 15.

Lib. XVIII. Tit. VI.

De periculo et commodo rei venditae.

§. 1033.

Begriffe. Warum geht nach abgeschlossenem Kaufe schon vor der Uebergabe die Gefahr auf den Käufer über?

Es kommt hier auf zwei Fragen an: I) Wann geht die Gefahr der Sache auf den Käufer über? II) Von welcher Zeit an genießt der Käufer die Vortheile, und trägt die Lasten?[32]) Soviel die erste Frage betrifft, so ist vorläufig zu bemerken, daß das Wort periculum, welches die Gesetze hier gebrauchen, so wie das deutsche

32) *Io.* Moormann Diss. de periculo et commodo rei venditae. *Lugd. Bat.* 1717. *Christ. Henr.* Drewer Aequitas Legum Rom. circa periculum rei venditae. *Lipsiae* 1727. *Gottfr. Weigh.* Ring Diss. de periculo rei venditae, occasione L. 11. pr. D. de Evict. *Francof. ad Viadr.* 1736. *Franc.* Alef Diss. de eo, quod iustum est circa periculum et commodum rei venditae. *Heidelbergae* 1742. in *Eius* Diebus academicis s. Opuscul. (*Heidelb.* 1753. 4.) Dissert. XVI. pap. 483. sqq. Reinharts Sammlung jurist. phil. und kritischer Aufsätze 1. Band. 3. St. Nr. III. S. 164. ff. Westphal vom Kauf §. 577 — 604. *Gottl.* Wernsdorf Diss. de periculo et commodo praedii venditi ante resignationem iudicialem. *Wittebergae* 1773.

Wort: Gefahr in zweierlei Bedeutung genommen wird. Im allgemeinen Sinne bezeichnet dieser Ausdruck jeden Schaden, den eine Sache leidet, es sey durch Zufall oder durch die Schuld eines Menschen [33]). Daher kommen die Redensarten in den Gesetzen vor: *periculum custodiae subire* [34]), *periculo culpae subiici* [35]), *periculo contumaciae vel negligentiae adstringi* [36]), *periculo obligari propter culpam vel segnitiem* [37]). In der eigentlichen hierher gehörigen Bedeutung aber wird darunter nur ein rein zufälliger Schaden verstanden [38]), damnum fatale, vis magna, wie Cajus [39]) sagt. Besteht nun dieser Schaden in der gänzlichen Vernichtung oder Verlust der Sache, so nennt man eine solche Gefahr periculum interitus; ist aber durch den Zufall nur die Qualität der Sache verdorben oder verschlechtert worden, so heißt die Gefahr periculum deteriorationis [40]). Es ist nun ein Grundsatz des

33) *L.* 4. *pr. D. Nautae, caupones, stabular. L.* 25. *D. pro Socio. L.* 4. *pr. D. h. t.* S. *Io.* D'AVEZAN Contractum libr. I. cap. 21. (*Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 51.)

34) *L.* 40. *D. Locati.*

35) *L.* 39. §. 12. *D. de administrat. tutor.*

36) *L.* 40. *D. eodem.*

37) *L.* 1. *et* 3. *Cod. de periculo tutor.*

38) *L.* 1. *pr. et* §. 1. *L.* 8. *L.* 12. *L.* 14. *pr. L.* 16. *D. h. t. L.* 9. §. *ult. D. de reb. credit.* §. 3. *I. de emt. et vendit. L.* 1. *Cod. de commodato.*

39) *L.* 2. §. 1. *D. h. t. L.* 52. §. 3. *D. Pro socio. L.* 25. §. 6. *et* 7. *D. Locati.*

40) *L.* 1. *pr. L.* 4. *pr. et* §. 1. *L.* 8. *pr. L.* 14. §. 1. *D. h. t.* §. 3. *I. de emt. et vendit.*

Civilrechts, daß die Gefahr sowohl des Untergangs als der Deterioration der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, sobald der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, wenn ihm auch die Sache noch nicht übergeben worden; und diese Gefahr, welche gleich nach richtig gewordenem Handel den Käufer trifft, besteht darin, daß der Verkäufer, wenn nun die Sache durch Zufall verloren oder zu Grunde geht, oder sonst verdorben wird, ohne daß demselben irgend ein verantwortliches Versehen dabei zur Last fällt, hiedurch von aller Verbindlichkeit befreit wird, ohne irgend einen Ersatz leisten zu dürfen, der Käufer hingegen seiner Seits schuldig bleibt, das Kaufgeld zu bezahlen, nicht anders, als wenn die Uebergabe geschehen wäre, und deshalb actione venditi belangt werden kann. So belehren uns die Institutionen des Kaisers Justinian.

§. 3. *J. de emt. et vendit.* Quum autem emtio et venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) *periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit.* Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumtae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: *emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.* Quidquid enim *sine dolo et culpa venditoris* accidit, *in eo venditor securus est.*

Eben so belehren uns die Fragmente der römischen Rechtsgelehrten in den Pandecten. So sagt

1) Julian *L.* 5. §. 2. *D. de rescind. vend.* Mortuo autem homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: *utpote cum venditor liberetur et emtori homo pereat:* quare, nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt.

2) Paulus *L.* 34. §. 6. *D. de contrah. emt.* Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus: sed uno mortuo, qui superest, dandus est: et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, *pretium debebitur:* unus enim utique *periculo emtoris* vixit.

3) Ebenderselbe *L.* 8. *pr. D. de peric. et comm. rei vend.* Nam perfecta emtione periculum ad *emtorem* respiciet.

4) Pomponius in Verbindung mit Ulpian *L.* 14. *et* 15. *D. de iure dot.* Ulpian sagt nämlich: Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto. Nun fährt Pomponius fort: Quodsi per eam non stetisset, *perinde pretium aufert, ac si tradidisset:* quia quod evenit, *emtoris periculo est.*

Ganz diesem Grundsatz gemäß rescribiren endlich auch die römischen Kaiser im Justinianeischen Codex. So

1) Gordian *L.* 2. *Cod. h. t.* Cum inter emtorem et venditorem, contractu sine scriptis inito,

de pretio convenit, moraque venditoris in traditione non intercessit: *periculo emtoris rem distractam esse*, in dubium non venit.

2) Diocletian und Maximian *L. 5. C. eodem.* Cum speciem venditam per violentiam ignis absumtam dicas: si venditionem nulla conditio suspenderat, *amissae rei periculum* te non adstringit.

3) Dieselben Kaiser *L. ult. Cod. eodem.* Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam, non ad venditorem, *sed ad emtorem pertinet:* et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exemta, *solutionem pretii emtor non recte recusat.*

Es ist indessen nicht zu läugnen, daß jener Grundsatz ganz von der Regel abweicht, die sonst bei Bilateral-Contracten gilt, nach welcher kein Theil gegen den andern auf Erfüllung klagen kann, der nicht dem Contracte seines Seits Genüge geleistet hat. Nach dieser Regel würde daher dem Verkäufer, der, ohne die Sache tradirt zu haben, auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagt, eigentlich die exceptio non adimpleti contractus entgegen stehen. Daß die Sache ohne seine Schuld zu Grunde gegangen ist, gibt ihm an sich noch kein Recht, auf die Erfüllung zu klagen. Denn daraus folgt weiter nichts, als daß der Verkäufer nicht auf das Interesse belangt werden kann, wenn die Sache durch einen bloßen Zufall verloren geht, aber keineswegs läßt sich hieraus erklären, warum der Käufer dennoch das Kaufgeld bezahlen müsse, wenn ihm auch die Sache nicht übergeben worden ist. Man sieht hieraus, wie unbefriedigend, ja wie unrichtig es sey

enn man gewöhnlich diese, von der Regel so sehr abwei-
ende Verordnung des römischen Rechts aus dem Grund-
ße zu erklären sucht, daß der Verkäufer gleich von dem
igenblick an, wo der Kauf abgeschlossen ist, als ein de-
tor speciei anzusehen sey, ein solcher aber durch den
itergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreit
erde[41]). Es muß also wohl einen andern Rechtsgrund
ben. Viele[42]) suchen nun denselben darin, daß der
erkäufer gleich nach abgeschlossenem Kaufe rechtlich ge-
ündete Intention habe, auf die Annahme der Sache zu
ingen, folglich der Käufer, wenn er nicht sogleich das
aufgeld bezahlt, und die Sache an sich nimmt, sich in
ora befinde, deren Folgen nicht dem Verkäufer, son-
rn nur dem Käufer zum Nachtheile gereichen können.
ua enim cuique, non alteri nocet mora[43]). Al-
n selbst aus dem Grunde einer mora läßt sich jene be-
idere Ausnahme nicht wohl erklären, weil diese mora
e von dem Verkäufer an den Käufer geschehene Inter-

) S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Princ. pag. 412. *Guil.* Prousteau Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVII. §. 10. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 518) *Io. Gottl.* Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. III. §. 302. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

) *Pet. de* Toullieu Collectan. iur. civ. Diss. XII. §. 27. pag. 349. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 2. Wernher select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 12. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Malblanc Princip. iuris Rom. P. III. §. 552. pag. 464. u. a. m.

) *L.* 173. §. 1. *D. de div. reg. iur.*

pellation, d. h. eine Aufforderung zur Annahme der verkauften Sache voraussetzen würde, wenn sie rechtlich denkbar seyn sollte[44]); es würde folglich der Verkäufer wenigstens bis dahin die Gefahr der Sache behalten, wo von aber doch die Gesetze kein Wort sagen[45]). Der Käufer könnte zwar auch durch Anbietung des Kaufgeldes den Verkäufer in moram tradendi versetzen, allein deswegen macht er sich doch selbst durch Unterlassung derselben keiner solchen Verzögerung schuldig, welche die Gefahr der Sache auf ihn bringt. Denn nur widerrechtliche Unterlassung der Zahlung versetzt den Käufer, als Schuldner, in moram solvendi. Nun setze man, das Kaufgeld sey dem Käufer creditirt; und ist es nicht geborgt, so datirt ja das Gesetz die Zahlungszeit erst von dem Momente der geschehenen Uebergabe, wie schon oben vorgekommen ist. Es läßt sich aber noch eine andere ratio legis auffinden. Die römischen Juristen haben die Lehre von der Gefahr der verkauften Sache im Zusammenhange mit der Pflicht des Verkäufers zur Custodia vorgetragen. Man vergleiche nur die *LL.* 1. 2. *et* 4. *D. h. t.* Aus diesem Zusammenhange entwickelt sich, wie Zirkler[46]) nach meinem Gefühl ganz richtig zeigt, der wahre Rechtsgrund sehr natürlich, warum der Käufer die Gefahr der Sache trägt. Dieser ist Billigkeit. Denn weil die Gesetze den Ver-

44) S. Schöman's Fragmente aus seinen civilist. und criminalistischen Vorlesungen (Jena 1814.) §. 13.

45) Man sehe Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. b.

46) Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts 2. B. S. 128

ufer, als einen debitor speciei, von Zeit des geschlossenen Kaufs an, zur custodia plena verpflichten, nd ihn für das geringste Versehen verantwortlich machen, enn die Sache durch seine Schuld zu Grunde oder veren geht, so halten sie es dagegen auch für billig, daß der äufer, welcher von Zeit des geschlossenen Kaufs an die Sache nun schon so gut, als die seinige, ansehen kann[47]), nd deshalb auch von diesem Augenblick an alle Vortheile eht, den Zufall trage. Diese Ansicht scheint mir weit onsequenter zu seyn, als wenn Franz Alef[48]) den Grund us der Nothwendigkeit des Kaufcontracts ableiten will. Seine Idee ist, der Kaufcontract werde im gemeinen Leben m häufigsten geschlossen, und sey so nothwendig, daß ohne essen Hülfe das gemeine Wesen auch keine Stunde besteen könnte. Man mußte ihn also auch gewiß und fest zu achen suchen, weil sonst die Sicherheit der Bürger, elche durch diesen Contract ihren Bedürfnissen abzuhelfen ichen, und hiemit auch die Wohlfahrt des Staats geankt hätte. Man habe daher verordnen müssen, daß ie Gefahr gleich nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer bergehe. Der Grund sey indessen, welcher er wolle, so nd die oben angeführten Gesetze klar. Dennoch sind ber den Grundsatz selbst die Rechtsgelehrten noch nicht anz einverstanden, weil sich einige Gesetzstellen in den Pandecten finden, welche jenen zu widersprechen scheinen. Diese Stellen hat der große Cujaz für so überwiegend

7) *L.* 143. *D. de Verb. Signif.* Id apud se quis *habere* videtur, de quo habet actionem: *habetur* enim, quod peti potest.

8) Diss. cit. §. 13. in *Dieb. acad.* pag. 491.

gehalten, daß sie ihn bestimmt haben, gerade das Gegentheil der gemeinen Lehre zur Regel zu machen. Cujacius[49]) behauptet nämlich, daß vor der Uebergabe der Sache die Gefahr nicht auf den Käufer übergehe, oder wenigstens nur in sofern, daß er, wenn die Sache zu Grunde geht, kein Interesse von dem Verkäufer fordern könne, allein das Kaufgeld brauche er nicht zu bezahlen, und ist es schon bezahlt, so könne es zurückgefordert werden. Es sind besonders folgende Gesetzstellen in den Pandecten, welche diese Meinung des Cujacius zu bestätigen scheinen:

1) *L.* 33. *D. Locati.* Hier sagt African: Si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea interfuit, eum vacuum mihi tradi.

2) *L.* 12. *et* 14. *D. h. t.* Lectos emtos Aedilis cum in via publica positi essent, concidit. Si *traditi essent emtori*, aut per eum stetisset, quominus traderentur, *emtoris periculum esse* placet. Quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, *venditoris periculum erit*. — Materia emta, si furto periisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit: si minus, venditoris.

49) Tract. VIII. ad Africanum in L. 23. D. Locati und Observation. Lib. XXIII. cap. 29.

Dem Cujaz sind auch Hermann Vultejus[50]) und Johann Borcholten[51]) beigetreten. Sie sagen, in den Institutionen lehre Justinian blos, was die Regel des strengen Rechts mit sich bringe, aber in den angeführten Stellen der Pandecten zeigten die römischen Rechtsgelehrten, wie diese Regel nach der Billigkeit modificirt worden sey. Wie wenig jedoch diese großen Rechtslehrer mit diesem Raisonnement auslangen, beweisen die deutlichen Stellen im Codex. Es fragt sich nur, ob die angeführten Stellen wirklich das Gegentheil lehren? Die Ausleger sind nun freilich über den Sinn derselben sehr verschiedener Meinung. Es ist der Mühe werth, die mancherlei Auslegungen derselben kurz zu prüfen. Soviel zuerst die *L.* 33. *D. Locati* betrifft, so erklären sie Viele[52]) von dem Falle, wo der Verkäufer an der Publication der Sache selbst Schuld war, weil er sich durch ein begangenes Delict dieselbe zugezogen hatte. Allein diese Erklärung läßt sich nicht wohl annehmen. Man darf nur die *L.* 33. *D. locati* im Zusammenhange lesen, um sich von dem Gegentheil zu überzeugen. Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, sagt Afrikan,

50) Commentar. in Institut. iur. civ. L. III. Tit. 24. nr. 71.

51) Commentar. in IV. Institut. iur. civ. libros. ad §. 3. I. de contrah. emt. nr. 3. et 4.

52) *Jul.* Pacius Analys. Institut. ad §. 3. de contrah. emt. und *Εναντιοφανῶν* s. Legg. conciliatar. Centur. V. Q. 8. *Ulr.* Huber Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 24. §. 10. *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 3. Inst. de contrah. emt. nr. 8. Ring Cit. Diss. de periculo rei venditae §. 4. *Ev.* Bronchorst *Εναντιοφαν.* Cent. II. Assert. 55. und *Io.* Harpprecht Comm. ad §. 3. I. de contr. emt.

teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, *quamvis per te non stet, quominus id praestes.* Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum etc. — Similiter igitur et circa conductionem servandam puto, *ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris.* Aus diesem Zusammenhange ergibt sich, daß African hier den Satz ausführen will, wenn der Pächter an dem Genusse der ihm verpachteten Sache verhindert wird, z. B. durch Publication des Grundstücks, so könne zwar derselbe, wenn auch der Verpächter dabei ausser Schuld sey, (quamvis per te non stet, quominus id prestes) doch gegen diesen mit der actio conducti klagen, aber nur auf die Zurückgabe des bereits bezahlten Pachtgeldes, nämlich von der Zeit an, wo der Pächter keinen Gebrauch mehr von der Sache machen konnte; hingegen ein weiteres Interesse könne von demselben nicht gefordert werden. Den Beweis führt African auf eine doppelte Art: Erstens wenn Jemand ein Haus zu bauen verdungen hat, so haftet er dem Werkmeister wegen der bereits gethanen Arbeit dennoch, wenn auch durch einen Erdstoß das ganze Gebäude wieder eingefallen wäre. Diesen Zufall trägt der Eigenthümer. Einen andern Beweis nimmt er vom Kaufcontracte her. Wenn nämlich Jemand ein Grundstück verkauft, und dieses, ehe es noch dem Käufer übergeben worden war, publicirt wird, so haftet er actione emti, nämlich in sofern, daß er dem Käufer das Kaufgeld wieder zurückgeben muß; zu einem weiteren Ersatz ist er

ihm nicht verbunden. Es erhellt daraus unverkennbar, daß African voraussetzt, die Confiskation des Grundstücks, welches verpachtet wurde, sey ohne Verschulden des Verpächters aus einer Ursache geschehen, welche der Verpächter vor der Abschließung des Contracts weder gewußt hat, noch hat wissen können. Denn sie wird einem bloßen Unglücksfalle, nämlich dem Einsturz eines Gebäudes durch eine Erderschütterung, gleichgesetzt. Was nun im Falle des Pachtcontracts anzunehmen ist, muß auch in dem zum Beweise gebrauchten Falle eines Kaufcontracts vorausgesetzt werden. Man sieht es aber noch deutlicher aus den folgenden Worten: **Nam etsi colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis:** ***tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit, frui.*** Hier kommt Afrikan erst auf den Fall, wenn der Pächter durch den Verpächter oder dessen Schuld an dem Gebrauche der Sache verhindert worden ist. Hier, sagt er mit Recht, müsse der Verpächter dem Pächter auch das Interesse vergüten. Andere[53]) sagen dagegen, es sey ein Unterschied zwischen der Publication eines Grundstücks und dem Untergange der Sache. Denn in dem ersten Falle bleibe doch noch immer die Möglichkeit übrig, die Sache tradiren zu können, weil hier die Sache nicht aufhöre, zu existiren. Der Verkäufer könne also die confiscirte Sache wieder auslösen; wolle er dieses nicht, so müsse er wenigstens dem Käufer das

53) *Guil.* Barclaius Comm. ad Tit. Dig. de reb. credit. ad L. 5. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 839.) und *Henr. a* Suerin Repetit. Lection. iuris civ. libr. cap. 23. (in *Thes. eodem.* T. IV. pap. 52.)

schon bezahlte Kaufgeld zurückgeben. Allein, auch davon abgesehen, daß es erst noch die Frage seyn würde, ob der Verkäufer zu einer solchen Auslösung auf seine Kosten verbunden sey, wozu kein rechtlicher Grund vorhanden ist, so lehrt der ganze Zusammenhang des Gesetzes, daß diese Ansicht in dem Plane des römischen Juristen gar nicht begriffen sey. Die meisten Rechtsgelehrten [54]) sind daher der Meinung, daß die L. 33. von einer für den Fall der Publication zu machenden Ausnahme zu verstehen sey, welche ihren Grund in **belli iniuria**, oder in dem **imperio principis**, und folglich in einer solchen **vis maior** habe, welcher der Verkäufer keinen Widerstand leisten konnte. Hier sey es billig, daß der den Schaden allein trage, dem das Unrecht widerfahren ist. Daher müsse der Verkäufer das ihm bereits bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn die Publication vor der Uebergabe geschehen wäre. Er könne hingegen das

54) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Pluribus* pag. 416. *Osius* Aurelius Dispunction. ad *Merillum* de variant. *Cujacii* interpretat. Disp. 26. (in *Ev.* Ottonius *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 761.) *Io. D'*Avezan libr. Contractuum II. Tr. I. de emt. et vend. §. Praeter ea. (in *Thes. Meerman.* T. IV. pag. 95.) *Jan a* Costa Comm. ad §. 3. I. de emt. et vend. *Ev.* Otto Comm. ad eund. §. Inst. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LXVII. Th. 8. *Bav.* Voorda in *Jani a Costa* Praelect. ad illustrior. quosdam Titulos locaque selecta iur. civ. (*Lugd. Batav.* 1773. 4.) ad L. 1. Cod. de peric. comm. rei. vend. not. d. pag. 336. *Ge.* Frantzkius et Comm. ad Dig. h. t. nr. 14. sqq. *Vincent.* Cabotius Disputat. Lib. I. cap. 25. (in *Thes Meer.* T. IV. pag. 611.) u. a. m.

Kaufgeld fordern, wenn sie dem Käufer nach der Uebergabe wiederfahren wäre, nachdem derselbe schon Eigenthümer der Sache geworden war. Dieses Letztere lehre die *L.* 11. *D. de eviction.*, welche mit der *L.* 33. *D. Locati* zu verbinden sey. Allein auch diese Erklärung findet in dem Gesetze selbst schon ihre Widerlegung. Denn Afrikan setzt ja die Publication mit dem Einsturz eines Gebäudes durch Erdbeben in eine Classe. Was ist denn auch im Grunde für ein Unterschied, ob die Sache durch Zufall untergegangen, oder durch Publication verloren worden ist? Daß sie hier nicht aufgehört hat, in rerum natura zu existiren, kann nichts entscheiden. Hieraus läßt sich denn nun auch beurtheilen, was von der Erklärung des Marcus Lyklama van Nyholt[55]) zu halten sey, welcher die Publication für eine Art der Eviction hält, die von einer Gefahr oder einem blos zufälligen Schaden unterschieden werden müsse. *L.* 21. *pr. D. de evict.* Für die Entwährung müsse der Verkäufer stehen. Dieß sey eine Regel für sich. Den Unglücksfall hingegen trage der Käufer. Daß aber die Publication eines Grundstücks eine Art der Eviction sey, erhelle aus *L.* 11. *D. de evict.* Zwar sey die Publication in dem Falle der L. 33. noch vor der Uebergabe des Grundstücks geschehen, man könne also eigentlich nicht sagen, daß vor der Uebergabe die Sache dem Käufer entwähret worden sey. Allein der Verkäufer sey vor der Uebergabe noch Eigenthümer, also sey das Grundstück doch ihm evincirt worden. Darum müsse der Verkäufer dafür gut

55) Membranar. L. VI. Eccl. 8. (*Ienae* 1624. 8.) Vol. II. pag. 18. sqq.

chen. *L.* 33. *D. de evict.* Dieser Meinung ist auch Wilhelm Prousteau[56]) beigetreten. Allein eine Eviction, welche nicht auf dem rechtlichen Wege, sondern durch eine öffentliche Gewalt geschieht, der man keinen Widerstand leisten konnte, ist einem Unglücksfalle gleich zu achten, für welchen der Autor nach *L.* 51. *pr. D. de evict.* nicht haften darf. Die *L.* 33. *D. eodem* spricht freilich von einer schon vor der Uebergabe erfolgten Eviction, weshalb der Verkäufer dem Käufer zur Entschädigung verurtheilt worden war, weil er ihm die Sache nicht übergeben konnte. Allein hier war der Fall, wo Jemand die in gutem Glauben gekaufte Sache sogleich wieder an einen Andern verkaufte, und diese Sache noch vor der Uebergabe dem ersten Käufer rechtlich abgestritten worden war, ehe dieser noch die Sache dem zweiten Käufer übergeben hatte. Die Frage war hier nur, ob die stipulatio dupli von dem ersten Käufer gegen seinen Auctor noch geltend gemacht werden könne, welche in dem Gesetze mit Recht bejahend entschieden wird[57]). Sinnreicher ist die Erklärung des Johann Voet[58]). Er nimmt einen solchen Fall an, wo der confiscirte Fundus durch ein fideicommissum tacitum einer unfähigen Person war vermacht worden, von welcher ein Anderer dieses Grundstück in gutem Glauben gekauft, und dieser es wieder an einen Dritten verkauft hatte. Das Grund-

56) Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XVII. §. 16. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 518.)

57) S. *Christfr.* Waechtler Comm. ad Tit. Dig. de evict. in *Opusc.* pag. 66.

58) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

stück zog nachher der Fiskus ein, ehe es noch dem zweiten Käufer übergeben worden war. Weil hier der Verkäufer seiner Seits ausser aller Schuld war, daß er das Grundstück dem Käufer nicht tradiren konnte, so spreche Afrikan zwar denselben billig von der Leistung des Interesse frei, halte ihn aber doch mit Recht für schuldig, das bereits empfangene Kaufgeld dem Käufer zurückzugeben. Denn die Sache sey hier gleichsam als mit einem Fehler behaftet anzusehen, weil sie aus einem schon vor dem Contract vorhanden gewesenen Grunde der Publication unterworfen war, nach der Analogie der **actio redhibitoria ex aedilitio Edicto**[59]). Es könne aber auch, sagt Voet, die *L.* 33. *D. Locati* von einem solchen **fundus** sehr wohl verstanden werden, welchen das römische Volk von den Feinden erobert hatte, und der zwar noch einige Zeit dem vorigen Besitzer gelassen, nachher aber aus Gründen einer dringenden Noth, oder des gemeinen Wohls publicirt worden war. Ein Fall, der auch in anderen Stellen des römischen Gesetzbuches[60]) als nicht ungewöhnlich erwähnt werde. Der Grund der Entscheidung sey aber immer der nämliche. Die Sache sey nämlich als mit einer gewissen Art von Fehler behaftet anzusehen, weil sie **ad nutum Principis** publicirt werden konnte. Dieser Erklärung nähert sich die des Samuel von Cocceji[61]). Er sagt nämlich, in der *L.* 33. *D. Loc.* sey nicht die Rede von einer Gefahr,

59) *L.* 1. *C. de aedilit. act. iuncta L.* 13. *D. de act. emti.*

60) *L.* 11. *D. de evict. L.* 15. §. 2. *D. de rei vindicat. L.* 16. *D. de acquir. rer. dom.*

61) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

die erst nach abgeschlossenem Kaufe entstand, sondern deren Ursache schon früher vorhanden war. Denn es werde vorausgesetzt, daß der Verkäufer wegen der erfolgten Publication außer Schuld sey. Die Ursache, warum die Sache nicht tradirt werden konnte, sey also schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, darum habe der Verkäufer das Kaufgeld billig zurückgeben müssen, wenn er auch übrigens dem Käufer zu keinem weiteren Interesse verpflichtet war. Diese Erklärung nehmen auch Emminghaus[62]) und Höpfner[63]) an. Der bescheidenere Theil der Rechtsgelehrten[64]) gesteht zwar, daß Africanus im Falle der Publication der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Civilrechts abgewichen sey; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben. Daß indessen dieser Dissensus noch eine Reliquie der zwischen den Sabinianern und Proculianern streitig gewesenen Meinungen seyn sollte, wie Einige[65]) behaupten wollen, läßt sich nicht wohl annehmen.

62) Ad COCCEJI ius. civ. contr. h. t. Qu. 2. not. d. pag. 441.

63) Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 872. Not. 1.

64) *Fr.* HOTOMAN Epit. Pand. de peric. et comm. rei vend. *Guil.* RANCHINUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 11. (in *Thes. Otton.* Tom. V. p. 964.) *Io. Iac.* WISSENBACH Disputat. ad Instituta, Disputat. XXXV. Th. 23. POTHIER Pand. Iustin. T. I. Tit. Locati Nr. XLVIII. not. h. und Westphal vom Kaufe ꝛc. §. 962. S. 726.

65) *Pet.* BURGIUS Elector. cap. 13. *Franc.* ALEF Diss. cit. de eo, quod iustum est circa periculum et commodum rei vend. Cap. II. §. 21. u. *Gottl.* WERNSDORF Disp. cit. de periculo et commodo praedii venditi ante resignat. iudic. §. 13.

il selbst Afrikan an einem anderen Orte ganz der von
en angenommenen Regel gemäß lehrt. Es ist die *L.*
), *in fin. D. de Solution.*, wo Afrikan sagt: His
nsequens esse puto, ut, etiamsi et emtor num-
os, et venditor mercem, quod invicem parum
lei haberent, deposuerint, et *nummi emtoris pe-
culo sint*; utique si ipse eum, apud quem de-
nerentur, elegerit: et nihilominus merx quoque,
uia emtio perfecta sit. Der Sinn des Afrikan
) nun übrigens, welcher er wolle, so kann doch das,
as er nur beiläufig bei einer andern Gelegenheit als Ar-
ment anführt, einen in so vielen anderen Gesetzstellen
deutlich bestimmten Rechtssatz nicht wankend machen.

Die beiden anderen Stellen, *L.* 12. *et* 14. *D. h. t.*
nd von Paulus. Es sind darin zwei Fälle enthalten:
) wenn die verkaufte Sache durch die gerechte oder un-
rechte Handlung eines Magistrats vernichtet wird. Die
edilen, und zwar, wie Everard Otto[66]) und Abra-
am Wieling[67]) gezeigt haben, die Aediles munici-
ales, von deren Amte Papinian *L. un. D. de via
ublica* handelt, mußten vermöge ihres Amts besonders
ich darauf sehen, daß nicht Sachen in den öffentlichen
Weg gestellt oder gelegt würden, welche die freie Pas-
ge hinderten. Papinian sagt in der angeführten *L.*
. §. 4. Studeant Aediles, ut ante officinas nihil
roiectum sit, vel propositum; praeterquam si

6) De Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. IX. §. 7. et
Cap. XIII. §. 5.

) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 16.

fullo vestimenta siccet, aut faber currus exterius ponat. Ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire. Was sie ausserdem auf der öffentlichen Strasse, in den Weg gestellt, fanden, konnten sie wegnehmen und zerschlagen lassen. Dieß geschah nun auch in dem Falle, von welchem Paulus in der *L.* 12. u. 14 handelt, mit Sachen, welche an Jemanden verkauft worden waren. Es entstand daher die Frage, wer den Schaden tragen müsse? Paulus unterscheidet, ob die Sachen bereits übergeben waren, oder nicht. In dem ersten Falle trage der Käufer den Schaden, der Aedil mag Recht oder Unrecht gethan haben. Denn der Käufer war Eigenthümer der Sache geworden. In dem letzten Falle hingegen war entweder der Käufer selbst daran Schuld, durch dessen Säumniß der Verkäufer war veranlaßt worden, die Sachen auf die Strasse zu stellen; oder der Verkäufer war Schuld, oder keiner von beiden. In dem ersten Falle geht der Schade wieder über den Käufer, in dem andern hingegen über den Verkäufer. Ueber wen aber in dem dritten Falle? dieß entscheidet das Gesetz nicht deutlich. Noodt[68]) meint daher, der Verkäufer trage auch hier die Gefahr, weil hier die Sachen nicht durch einen Unglücksfall, sondern durch die widerrechtliche Handlung des Aedils vernichtet worden wären. Dieses dem Verkäufer widerfahrne Unrecht könne also nur ihm schaden.

Allein es ist merkwürdig, was Julian *L.* 13. *D.* h. t. sagt: Eumque cum Aedili, *si id non iure fecisset*, habiturum actionem *Legis Aquiliae*: aut certe

68) Comm. ad Dig. h. t. §. *Admonet.* pag. 416.

um venditore *ex emto* agendum esse, ut is actio-
es suas, *quas cum Aedile habuisset*, ei praestaret.
ür den Magistrat streitet zwar die Vermuthung, daß
: pflichtmäßig gehandelt habe. Allein daß zuweilen ins
nderheit die Aedilen, durch unzeitige Hitze oder unge-
chten Haß verleitet, die Gränzen ihres Amts überschrit-
n und widerrechtlich handelten, lehren mehrere Bei-
iele des römischen Alterthums [69]). Ein solcher Fall
ird hier von Ulpian angenommen. Magistratus mu-
icipales konnten dann wegen eines solchen widerrechtli-
en Schadens ex Lege Aquilia belangt werden [70]).
Bar nun der Schade nach der Uebergabe geschehen, so
unte der Käufer selbst als Eigenthümer klagen. War
ngegen die von dem Aedil widerrechtlich zerbrochene
ache dem Käufer noch nicht tradirt worden, so stand
e Klage des Aquilischen Gesetzes dem Verkäufer zu, der
zt noch Eigenthümer war, allein der Käufer konnte
c emto gegen den Verkäufer klagen, daß dieser ihm
ne Klage gegen den Aedil cedire. Dieß setzt also Er-
ens den Fall voraus, daß der Verkäufer eben so gut,
e der Käufer, ausser aller Schuld war. Nam nemo
: suo delicto meliorem suam conditionem facere
test [71]). Es beweist aber auch zweitens, daß hier

) S. *Ev.* Otto de aedilibus coloniar. et municipior. Cap.
XIII. §. 5.

) *L.* 29. §. 7. *D. ad Leg. Aquil. L.* 32. *D. de iniur.* Ob
während ihres Amts, oder erst nachher? ist streitig. S. *Ed.*
Henryson pro Eg. *Barone* adversus *Goveanum* de
urisdictione Lib. I. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag.
153.)

) *L.* 134. §. 1. *D. de div. reg. iuris.*

der Käufer die Gefahr tragen müsse: denn wozu wäre ihm sonst eine Cession der Klage gegen den Aedil nöthig gewesen, da er durch die Contractsklage gegen den Verkäufer schon gedeckt gewesen wäre[72])? Aus Allem geht also soviel hervor, daß die *L.* 12. 13. *et* 14. *D. h. t.* bis dahin nichts von dem oben aufgestellten Rechtssatz Abweichendes enthalten.

2) Der andere Fall, welchen Paulus in dem §. 1. der *L.* 14. *h. t.* entscheidet, ist, wenn die verkaufte Sache gestohlen wurde. Auch hier unterscheidet Paulus, ob die Entwendung vor oder nach der Uebergabe geschehen ist. In dem ersteren Fall trage der Verkäufer, in dem anderen der Käufer den Schaden. Nach der gemeinen von der Glosse herstammenden Erklärung[73]), soll hier von einer materia in genere vendita die Rede seyn, welche noch erst durch Bezeichnung oder Uebergabe bestimmt werden mußte. Es wäre nämlich eine gewisse Zahl Balken aus einer größeren Quantität verkauft worden. So lange diese noch nicht ausgewählt und bezeichnet waren, müsse freilich der Verkäufer die Gefahr tragen, weil der Kauf noch nicht zur Perfection gediehen sey. Man glaubt, die Worte: *Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset*, gäben dieses nicht undeutlich zu erkennen.

Allein so wenig diese Worte, als der Ausdruck *materia*, welcher in dem Gesetze gebraucht wird, nöthigen uns

72) S. *Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. L. I. Cap. 40. (in *Iurisprud. Rom. et Attica*. T. II. pag. 11..) und Westphal vom Kauf. §. 615.

73) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

hier einen noch unvollkommenen Kauf anzunehmen, um erklären zu können, warum der Verkäufer die Gefahr des Diebstahls vor der Uebergabe trage. Schon Lyklama[74]) hat sehr richtig bemerkt, daß der Ausdruck: materia hier von keinem Genus, sondern vielmehr, wie er auch an anderen Orten[75]) gebraucht wird, von einer verkauften Species zu verstehen sey. Die Entscheidung des Gesetzes geht also von einem ganz anderen Princip aus. Es ist nämlich ein Grundsatz des röm. Rechts: derjenige, welcher custodiam prästirt, steht unbedingt für jedes furtum[76]). Denn man hielt den Fall für undenkbar, daß eine Sache, welche gehörig verwahrt wird, auf keine Art gegen heimliche Entwendung zu sichern gewesen wäre[77]). Nur für Gewalt steht der custodiens nicht,

74) Membranar. Vol. II. Lib. VI. Eccl. 3. pag. 33.

75) *L.* 12. *pr. D. de Usufructu.*

76) §. 13. 15. *et* 16. *I. de obligat. qua ex delicto. L.* 12. *pr. L.* 14. §. 10. *et* 17. *D. de furtis. L.* 52. §. 3. *D. Pro socio.* S. Egid von Löhr Beiträge zu der Theorie der Culpa IV. Absch. S. 163. ff.

77) Die *L.* 14. §. 12. *D. de furt.* wo Ulpian sagt: Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, *si modo culpa eius subrepta sit res*, stehen nicht entgegen. Denn *Culpa* heißt hier nichts Anderes, als omissio custodiae. Es gibt aber auch Fälle, wo eine Sache ohne Unterlassung der custodia gestohlen werden kann. Dahin gehört, wenn sie entweder gar nicht custodirt zu werden pflegt, wie dieß bei den röm. Sklaven der Fall war, *L.* 21. *pr. D. de rei vindicat. L.* 14. §. 6. *D. de furt.* oder wenn sie nicht durch ein einfaches, sondern qualifizirtes furtum, durch Einsteigen oder Einbrechen entwendet wird. *L.* 1. *Cod. de locato et cond.* S. von Löhr a. a. O. IV. Abschn. S. 181. ff.

quia custodia, sagt Neratius *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* adversus vim parum proficit, wen ihm nur keine besondere Schuld dabei zur Last fäll. Daß nun der Verkäufer zur custodia verpflichtet s[e], ist schon an einem anderen Orte[78]) gezeigt worden. E haftet daher für jeden durch Diebstahl entstandenen Scha den, da jedes furtum durch sorgfältigere custodia z verhindern gewesen wäre. Dieß beweist nun nicht n die Stelle des Paulus *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* Materi emta, si furto perisset, postquam tradita esse emtoris esse periculo, respondit, *si minus* (d. i vor der Uebergabe), *venditoris;* sondern eben die bestärken auch noch mehr folgende Gesetzstellen:

L. 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Si e res, quam ex emto praestare debebam, vi mih ademta fuerit, *quamvis eam custodire debueri* tamen propius est, ut nihil amplius, quam actio nes persequendae eius praestari a me emtori opo teat, *quia custodia adversus vim parum profici*

Ausser dem Fall einer gewaltsamen Entwendung i also der Verkäufer in allen Fällen gehalten, wo durc custodia der Schaden hätte abgewendet werden könne Braucht er dort nur allenfalls dem Käufer seine Klage zur Verfolgung der Sache zu cediren, so wird er hie wo durch seine rechtlich zu vermuthende Omissio custo diae die Sache gestohlen wurde, durch die Cession de

78) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 984. Man verglei damit noch vorzüglich *Io. Casp.* Gensler Exercitat. a civ. ad doctrinam de culpa Fascic. I. (Ienae 1813. 8 Exercit. IV. §. 2.

klagen nicht loskommen, sondern den Schaden unbedingt
setzen müssen, ohne Rücksicht, ob er von dem Diebe
ine Entschädigung erhalten könne, oder nicht.

L. 35. §. 4. *D. de contrah. emt.* Si res ven-
ita per furtum perierit, prius animadvertendum
rit, *quid inter eos de custodia rei convenerat.*
i nihil appareat convenisse, *talis custodia desi-
eranda est a venditore, qualem bonus paterfa-
ilias suis rebus adhibet;* (denn heimliche Entwen-
ung kann jeder gute Hausvater durch die ihm eigene
orgfalt verhüten) quam si praestiterit, et tamen
em perdidit, (nämlich durch eine Gewalt, für welche
keine custodia gibt) securus esse debet, *ut ta-
en scilicet vindicationem rei et condictionem
xhibeat emtori.*

L. 14. *pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, si
on tradita est ei res, *furti actionem* non habe-
, sed adhuc *venditoris* esse hanc actionem,
ELSUS scripsit. *Mandare eum plane oportebit
itori furti actionem et condictionem et vin-
cationem:* et si quid ex his actionibus fuerit
nsecutus, id praestare eum emtori oportebit.
uae sententia vera est, et ita et IULIANUS. *Et
ne periculum rei ad emtorem pertinet,
mmodo* CUSTODIAM *venditor ante traditionem
aestet.*

Auf diese Art können wir denn nun auch der Di-
ction überhoben seyn, welche Anton Faber[79]), um
angeführten Gesetzstellen mit der Lehre des Kaisers Ju-
nian im §. 3. *I. de contr. emt.* zu vereinigen,

Conjecturar. iuris civ. L. II. cap. 4.

zwischen Unglücksfällen macht, welche ex causa aliqua extrinseca herrühren, und solchen, welche an der Sache selbst dergestalt geschehen, daß diese ganz zu existiren aufhört. Das erste soll der Fall seyn, wenn das verkaufte Grundstück publicirt oder die Sache gestohlen wird. Hier trage der Verkäufer die Gefahr, und er müsse wenigstens dem Käufer seine Klagen cediren; könne er dieses nicht, so müsse er, ohne jedoch ein weiteres Interesse leisten zu dürfen, das Kaufgeld zurückgeben. Wenn aber die Sache durch den Unglücksfall ganz zu Grunde gegangen ist, so habe der Käufer die Gefahr, und müsse daher das Kaufgeld dennoch bezahlen, wenn ihm gleich die Sache nicht tradirt werden kann. Denn hier habe es an dem Käufer gelegen, den Besitz und das Eigenthum der Sache durch Bezahlung des Kaufgeldes zeitiger an sich zu bringen. Diese Distinction, glaubt Faber, bestätige Justinian in dem §. 3. *I. de contr. emt.* nicht undeutlich, indem er erstens Beispiele des gänzlichen Untergangs der verkauften Sache, nachher aber Beispiele von solchen Zufällen anführe, wodurch die Sache nicht zu existiren aufhört, nämlich wenn der verkaufte Sklave vor der Uebergabe entläuft oder gestohlen wird. Hier, sagt Justinian, werde der Verkäufer nicht frei, sondern müsse seine Klage dem Käufer cediren. Habe der Verkäufer keine Klagen zu cediren, welches z. B. der Fall sey, wenn die gestohlne Sache eine fremde, oder wenn sie confiscirt worden ist; so habe zwar Justinian dieses Falles nicht gedacht. Er müsse aber aus den Gesetzen der Pandecten ergänzt werden. Dieses wären denn die *L. 35. §. 4. D. de contr. emt.* und die *L. 33. D. Locati.* In der ersten Stelle werde gesagt: Unde vdebimus in personam eius, qui alienam

rem vendiderit, *cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit:* ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Dieses könne nun anders nicht verstanden werden, als es Afrikan *L.* 33. erklärt, nämlich daß der Verkäufer das Kaufgeld zwar wieder herausgeben müsse, sonst aber keinen weiteren Ersatz wegen des Intresse leisten dürfe, weil sich vor der Uebergabe keine eigentliche Eviction denken lasse[80]). Allein wie wenig dieser Unterschied zur Aufklärung der Sache beitrage, hat schon Wilhelm Ranchinus[81]) hinlänglich gezeigt. Sie wird auch durch die *L.* 33. *D. Locati* schon von selbst widerlegt. Jedoch hat ihn Schiforbegher[82]) zu vertheidigen gesucht.

§. 1034.

Wann ist der Kauf in Hinsicht der Gefahr für vollkommen zu halten?

Es ist schon an einem anderen Orte[83]) bemerkt worden, daß man die Perfection des Kaufs, von welcher blos die verbindende Kraft desselben abhängt, von derjenigen Vollkommenheit unterscheiden müsse, mit welcher die Gefahr der Sache auf den Käufer übertragen wird. Von der ersteren ist schon oben gehandelt worden. Von der letzteren ist hier die Rede. Hierüber belehrt uns nun Paulus am Bestimmtesten in der hieher gehörigen Hauptstelle der *L.* 8. *pr. D. h. t.* wo er sagt:

80) *L.* 3. *Cod. de evict.* *L.* 74. §. 2. *D. eodem.*

81) Variar. Lection. Lib. III. cap. 12. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. 5. pag. 964. sq.)

82) Ad. Ant. *Fabrum* Lib. II. Tract. XVIII. Qu. 5.

83) S. den 16. Th. dieses Commentars. §. 972. S. 15. ff.

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. *Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio.*

Nach dieser Stelle ist also eine blos verbindliche Einwilligung, welche den einseitigen Rücktritt von dem Contract hindert, noch nicht hinreichend, wenn die Gefahr auf den Käufer übergehen soll, sondern der Kauf muß soweit zur Perfection gediehen seyn, daß der Verkäufer als ein debitor speciei zu betrachten ist. Dazu wird nun aber nach der Lehre unsers Paulus dreierlei erfordert: 1) Der Gegenstand muß völlig, und also nicht blos der Gattung nach, sondern individuell nach Qualität und Quantität bestimmt, 2) der Preis gewiß und 3) der Kauf unbedingt seyn. Es wird sich dieß in der Folge durch Verbindung mit anderen Gesetzen näher aufklären. Hier bemerke ich nur noch, daß bei Subhastationen der Kauf erst durch den Zuschlag seine Perfection erhält. Erst von dieser Zeit an geht daher die Gefahr auf den Käufer über[84]).

§. 1035.

Unvollkommenheit des Kaufs in Ansehung der Einwilligung.

So lang der Kauf noch nicht zur Perfection gediehen ist, trägt also der Verkäufer die Gefahr. Der Kauf kann aber noch unvollkommen seyn I) in Ansehung der Einwilligung. Dahin gehört: 1) wenn die Con-

84) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

trahenten verabredet haben, daß sie den Kauf schriftlich schließen wollen, und der schriftliche Aufsatz noch nicht ausgefertigt und unterschrieben ist[85]. 2) Wenn der Kauf unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, und diese noch pendent ist[86]. Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob die Sache ganz zu Grunde geht oder nur durch Zufall beschädigt wird. Im ersteren Falle geht die Sache dem Verkäufer, jedoch nicht als solchem, sondern als Eigenthümer, zu Grunde. Denn sollte auch die Bedingung nachher existiren, so kann doch der Kauf nun wegen Mangels der Sache nicht mehr zur Perfection gelangen, sondern er ist und bleibt ungiltig[87]. Ganz anders verhält es sich in dem letzteren Falle. Denn hier ist die Sache, wenn die Bedingung existirt, noch da, sey sie auch immerhin durch Zufall verschlechtert worden. Es fehlt also nicht an einer Materie des Kaufs. Denn über eine solche Sache konnte gleich Anfangs ein Kauf unbedingt geschlossen werden. Sie konnte daher auch auf des Käufers Gefahr schlechter werden. Billig trägt also hier der Käufer den Schaden, weil die Bedingung, wenn sie zur Wirklichkeit kommt, retrotrahirt wird, als ob der Contract gleich anfangs unbedingt ge-

85) §. 3. *I. de contrah. emt. L.* 4. *Cod. de peric. et comm. rei vend.*

86) *L.* 7. *pr. D. de contr. emt. L.* 5. *Cod. de peric. et comm. rei vend.*

87) *L.* 10. §. 5. *D. de iure dot. Jac.* Cujacius in Julio Paulo ad L. 8. pr. D. h. t. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. T. II. pag. 542. sq.) *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Satis* pag. 415. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

schlossen worden wäre[88]). Daher sagt Paulus *L.* 8. *pr. D. h. t.* Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio: sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, PROCULUS et OCTAVENUS emtoris esse periculum aiunt. Idem POMPONIUS libro IX. probat. — Quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur; et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia peremuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. *Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.* So liest die Florentinische Ausgabe der Pandecten. Die glossirte Ausgabe des Petrus ab Area Baudoza Cestius hingegen, mit welcher zum Theil auch die Haloandrische übereinstimmt, enthält nach den Worten: venditoris sunt, noch Folgendes: *Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio*; sicuti stipulationes u. s. w. Accursius bemerkt hier, daß diese fehlenden Worte aus anderen Handschriften, um des Zusammenhangs willen, nothwendig ergänzt werden müßten. In unserer Erlangischen Handschrift der Pandecten befinden sich jedoch diese Worte eben so wenig, als in der Florentinischen. Wird blos der Vollziehung des Contracts eine Bedingung beigefügt, z. B. der Verkäufer soll die Waare nicht eher zu übergeben schuldig seyn, als bis das Kauf-

88) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 8. pr. D. h. t. ad verb. *Sane si exstet res* und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. ad Dig. h. t. nr. 23. et 24.

geld bezahlt seyn wird[89]), oder ist die Bedingung eine resolutive, so wird dadurch die Perfection des Contracts nicht gehindert[90]), und eben so wenig durch den Vertrag, wodurch sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehält[91]). Ja zuweilen kann selbst der unter einer suspensiven Bedingung geschlossene Kauf sofort für perfect gehalten werden, wenn gleich die Bedingung noch schwebt. Paulus selbst führt einen solchen Fall an *L*. 8. §. 1. *D*. *h*. *t*. **Si ita venierit:** ***est ille servus emtus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit,*** **IULIANUS putat, statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.** Die Verabredung: es soll Dir die Sache verkauft seyn, die dabei vorausgesetzte Begebenheit möge zur Wirklichkeit kommen, oder nicht, ist eigentlich keine bedingte. Denn eine Bedingung ist eine ungewisse Begebenheit, von deren zu erwartender Wirklichkeit es abhängt, ob der Vertrag seine Perfection erhalten wird, oder nicht. Wenn nun zwei einander entgegengesetzte Bedingungen, zwischen denen kein Drittes möglich ist, beigefügt worden sind, wie in dem Falle, welchen Paulus hier entscheidet, so ist es offenbar, daß eine von beiden existiren muß. Es muß also auch natürlich der Vertrag schon für vollkommen gehalten werden, ehe es noch gewiß ist, ob die eine oder

89) S. ALEF Diss. de eo, quod iustum est circa periculum et commod. rei vend. Cap. III. §. 32.

90) *L*. 20. §. 1. *D*. *de praescript. verb.* *L*. 2. *pr*. *et* §. 1. *D*. *de in diem addict.*

91) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. Man sehe auch den 16. Th. §. 1000. S. 232.

die andere Begebenheit sich ereignen wird, weil hier keine solche Ungewißheit des Erfolgs denkbar ist, von welcher die Giltigkeit desselben abhängig seyn könnte. Der Vertrag, unter einer solchen Bedingung geschlossen, quae omnimodo exstitura est, ist also so gut, wie ein unbedingter[92]). Dennoch wird der Clausel: *sive illud factum fuerit, sive non fuerit* in anderen Gesetzen, z. B. bei Vermächtnissen, die Wirkung einer Bedingung beigelegt[93]); und sie wirkt auch bei Verträgen wenigstens so viel, daß nicht eher auf Erfüllung geklagt werden kann, als bis einer von beiden Fällen existirt, wenn auch gleich bei einer etwa schon früher geschehenen Erfüllung keine Zurückforderung Statt findet[94]). Demohngeachtet ist und bleibt es gewiß, daß der Kauf, der unter der gedachten Clausel geschlossen worden ist, gleich für perfect zu halten sey, mithin die Gefahr auf den Käufer übergehe, ehe sich noch einer von beiden Fällen ereignet hat, weil hier der Fall, daß der Kauf für nicht geschlossen gehalten werden dürfte, gar nicht denkbar ist, wie die Worte: *quoniam certum est, eam contractam*, andeuten sollen. Endlich 3) wenn sich der Käufer ausbedungen hat, daß er die Sache erst kosten wolle, so ist der Kauf nicht eher giltig, als bis er die Sache gekostet, und nach seinem Geschmack gut befunden hat. Er kann daher auch von dem Contracte wieder abgehen, wenn ihm nach erfolgtem Ausproben die Sache nicht geschmeckt hat.

92) *L.* 9. §. 1. *D. de novat.*

93) *L.* 13. *D. Quando dies legator.*

94) *L.* 18. *D. de condict. indebiti. Jac.* CUJACIUS in Jul. Paulo ad L. 8. §. 1. D. h. t. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad eand. loc.

L. 1. *pr. D. h. t.* Si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, emtoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit. Quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, *quoad degustetur vinum*, *videlicet quasi tunc plenissime veneat*, *cum fuerit degustatum*. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit: aut non convenit, *et usque ad degustationem sustinebit.* Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emtore vasa vel dolia, consequenter dicemus, adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

L. 4. *princ. D. h. t.* Si quis vina vendiderit, *et intra diem certum degustanda dixerit*, deinde per venditorem steterit, quominus degustarentur: utrum praeteritum duntaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet; an vero etiam die praeterito, ut, si forte corrupta sint, posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat? an vero magis emtio sit soluta, quasi sub conditione venierint, hoc est, si ante diem illum fuissent degustata? et intererit, quid actum sit. Ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici, emtionem manere; periculum autem ad venditorem respicere, etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.

L. 4. §. 1. *D. eodem.* Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, *ut degustaretur*, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, *sed omne periculum ad emtorem pertinere.* Difficile autem est, ut quisquam sic emat, *ut ne degustet:* quare si dies degustationi adjectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et, *quoad degustaverit*, *periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit.* Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit.

L. 34. §. 5. *D. de contrah. emt.* Alia causa est degustandi, alia metiendi. *Gustus enim ad hoc proficit*, *ut improbare liceat:* mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

Die beiden ersten Gesetzstellen sind aus des Ulpian *libro* 28. *ad Sabinum* genommen. Die Ausleger[95]) ha-

95) Man vergleiche *Ant.* Augustinus Emendation. Lib. III. cap. 6. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XXIII. cap. 34. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 1. et. 4. h. t. *Em.* Merillus Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 12. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t, §. *Injecta* pag. 414. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Guil.* Best Ratio emendandi Leges Cap. VIII. et IX. §. 1 — 11. Franz Schöman Handbuch des Civilrechts 2. Bd. Seite 216. ff. *Jo. Casp.* Gensler Commentat. de emtione venditione quae fit ad mensuram, adnumerationem, pondusve vel ad gustum. *Ienae* 1814. 8. §. 6. et 7. und Westphal vom Kauf §. 583. und 596.

ben in demselben mancherlei Schwierigkeiten gefunden, welche Einige durch Emendation der Leseart, Andere durch Unterscheidung der Worte des Sabinus von den Anmerkungen des Ulpian, welche Tribonian mit einander vermischt habe, zu heben bemüht gewesen sind. Es wird nämlich in diesen Stellen, welche von dem Verkaufe des Weins handeln, ein Unterschied gemacht, ob dabei das Ausproben vorbehalten wurde, oder nicht. Von dem letzteren Falle handelt die *L.* 1. *pr. D. h. t.* Hier geht die Gefahr sowohl des gänzlichen Untergangs, als der Deterioration der Sache sofort nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer über. Eben dieß wird nochmals in der *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* wiederholt. Jedoch wird *L.* 1. *pr. h. t.* eine Ausnahme in dem Falle gemacht, wenn der Verkäufer die Gefahr übernommen hat. Hier entscheidet nun der Vertrag, wie lange er sie trägt. Ist keine Zeit bestimmt, so soll er sie bis zum erfolgten Ausproben behalten, weil nun erst der Contract zur endlichen Vollkommenheit gediehen ist. Diese Entscheidung ist unbegreiflich. Wie kann, wenn kein Auskosten ausbedungen worden ist und der Verkäufer überdem noch die Gefahr der Sache selbst übernommen hat, die Perfection des Contracts erst noch von einem erfolgenden Ausproben abhängen? Um sich dieses Räthsel zu erklären, sagt Wilhelm Best[96]), muß man die Worte des Sabinus, über welchen Ulpian commentirt, von den eingemischten Anmerkungen des letzteren unterscheiden. Nun seyen die Worte der *L.* 1. Si vinum venditum, bis quoad

96) Ratio emendandi Leges. Cap. VIII. §. 3. sqq. u. Cap. IX. §. 3. et 4.

se subiecit, Worte des Sabinus, so wie die Worte der *L.* 4. §. 1. *h. t.* Ex hoc apparet bis omne periculum ad emtorem pertinere. Denn kein Tropfen Wasser könne dem andern so ähnlich seyn, als hier ein Satz dem andern. Nun stellt Sabinus den Grundsatz auf: ist eine gewisse Quantität Wein überhaupt und ohne Maas (aversione) für einen Preis verkauft, auch wegen des Ausprobens nichts bedungen worden, so steht der Verkäufer nur für custodia, der Käufer hingegen trägt den Zufall, wenn der Wein ohne des Verkäufers Schuld verdirbt oder ganz zu Grunde geht. Denn die Richtigkeit des Handels war hier weder von einer Admensuration noch von einer Degustation abhängig. Dagegen wende aber Ulpian ein, es werde wohl Niemand leicht Wein in Quantität kaufen, ohne sich das Versuchen desselben vorzubehalten. Sey daher auch in dem Vertrage nichts davon erwähnt, so müsse man es doch nach der Intention der Contrahenten als eine stillschweigende Bedingung des Handels betrachten. Der Verkäufer werde daher die Gefahr bis dahin tragen, wo das Ausproben von Seiten des Käufers erfolgt seyn wird. Denn nun erst könne man sagen, der Kauf habe seine Vollkommenheit erreicht. Dem sey nun übrigens, wie ihm wolle, so ist soviel wohl gewiß, daß, ohne eine Verabredung wegen des noch zu geschehenden Auskostens anzunehmen, der Satz des Ulpian, daß der Handel bis zur erfolgten Degustation noch unvollkommen sey, unmöglich wahr seyn könne, zumal wenn der Verkäufer sogar die Gefahr der Sache übernommen hat. Wir können auch jetzt in der Verbindung, in welcher nun die Worte dieser Stellen auf einander folgen, ohne Widerspruch den Satz nicht gelten

lassen, daß sich beim Weinkauf das Auskosten auch ohne Vorbehalt schon von selbst verstehe. Denn sonst könnten es ja die Gesetze dem Käufer nicht zur Schuld anrechnen, die er sich selbst zuzuschreiben habe, daß er sich das Auskosten nicht vorbehalten hat, wie es in der *L.* 15. *D. h. t.* geschieht, wo Cajus sagt: **Si vina, quae in doliis erunt, venierint, eaque, antequam ab emtore tollerentur, sua natura corrupta fuerint: siquidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emtori:** ***quod si nihil adfirmavit, emtoris erit periculum; quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri debet.*** Ist nun aber das Ausproben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden, von welchem Falle besonders die *L.* 4. *pr.* und §. 1. *D. h. t.* reden, so ist nach dem Inhalte der angeführten Gesetzstellen wieder zu unterscheiden, ob die Contrahenten eine gewisse Zeit dazu bestimmt haben, oder nicht. In dem ersteren Falle hat bis zum Degustations-Termine der Verkäufer die Gefahr. Bevor also der Degustations-Termin eintritt, ist der Contract nicht perfect. Nach Ablauf desselben geht die Gefahr auf den Käufer über, weil alsdann erst die Perfection des Contracts eintritt. Es muß nur nicht etwa der Verkäufer dem Käufer, der sich zur bestimmten Zeit zum Auskosten einfand, daran hinderlich gewesen seyn: denn sonst behält der Verkäufer die Gefahr auch noch nach Ablauf der bestimmten Zeit so lange, bis er durch eine spätere mora des Käufers derselben entledigt worden ist[97]. In dem anderen Falle hingegen, wenn keine Zeit zum Ausproben

97) *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 4. pr. D. h. t.

bestimmt worden ist, kann der Käufer den Wein versuchen, wenn ehe er will; und der Verkäufer hat bis dahin die Gefahr, und zwar ohne Unterschied, der Wein mag durch den ihn etwa betreffenden Zufall ganz zu Grunde gehen, oder nur verschlechtert werden. Zwar sprechen die angeführten Gesetzstellen nur vom acor und mucor, allein es läßt sich daraus nicht folgern, daß der Verkäufer für die Gefahr des Untergangs nicht stehen dürfe. Offenbar reden die Gesetze nur exemplificativisch, und so wie dadurch nicht andere Arten der Deterioration, welche der Wein erleiden kann, ausgeschlossen sind, so kann auch die Gefahr des gänzlichen Zugrundegehens keinesweges für rechtlich ausgeschlossen gehalten werden. Man sieht es auch noch mehr daraus, weil in dem entgegengesetzten Falle, wo nämlich der Wein unbedingt und ohne Vorbehalt des Versuchs gekauft worden ist, omne periculum auf den Käufer übergehen soll, ohnerachtet kurz vorher gesagt war, der Verkäufer stehe weder für acor noch mucor. Warum sollte es denn nun anders seyn, wenn sich der Käufer das Auskosten vorbehalten hat, zumal da hier der Contract, bevor das Auskosten geschehen ist, noch gar nicht einmal seine Perfection erreicht hat? und wo sagt denn das Gesetz nur mit einem Worte, der Käufer trage, des vorbehaltenen Auskostens ungeachtet, das periculum interitus[98])? Daß endlich die Gesetze bei der emtio vini ad gustum vel non in Absicht auf die Gefahr keinen Unterschied zwischen dem

98) Gleichwohl will dieß Thibaut im Syst. des Pand. Rechts §. 175. lit. D. behaupten. Man sehe aber dagegen Gensler cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 13 — 20.

periculum interitus und dem periculum deteriorationis gemacht wissen wollen, erhellt aus den Anfangsworten der *L.* 1. *pr. D. h. t.*, wo die Fälle: si vinum venditum acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit, und: si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa, einander gleichgesetzt werden. Damit aber doch der Käufer das sich vorbehaltene Auskosten nicht zum Nachtheil des Verkäufers allzulang verschiebe, so kann nach Ablauf einiger Zeit der Verkäufer den Käufer dazu auffordern und ihm ankündigen, daß, wenn er den Wein nicht bald versuchen würde, man dieß für eine stillschweigende Mißbilligung ansehen und den Wein weiter verkaufen werde[99]). Es kann ihm auch auf Verlangen des Verkäufers ein Termin vom Richter gesetzt werden. Denn wenn das Gesetz sagt: Si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, so kann dieses nur unter der Bedingung verstanden werden, so lange nämlich der Verkäufer sich nicht regt und den Käufer interpellirt[100]). Hieraus erklärt sich das Ende der *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* Dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit. Denn ist eine Zeit zum Ausproben bestimmt, so muß der Verkäufer diesen Termin abwarten, ohne das Auskosten früher verlangen zu können, und mittlerweile die Gefahr tragen. Man hat zwar bei diesen Worten

99) *L.* 1. §. *ult. L.* 4. §. *ult D. h. t.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Man sehe auch Westphal vom Kaufe §. 583. S. 441. und Malblanc Princip. iur. Rom. P. III. h. t. §. 552.

100) Gensler Comm. cit. §. 7. N. 15. pag. 21. sq.

viele Schwierigkeit gefunden. Man glaubt, dieser Grund stehe mit dem Vorhergehenden im Widerspruche, weil die Bestimmung eines Degustationstermins für den Verkäufer vortheilhafter sey, als für den Käufer. Cujacius [1]), dem auch Anton Faber [2]) und Pothier [3]) beistimmen, will daher entweder *non* praestitutus, oder statt emtoris, *venditoris* gelesen wissen. Best [4]) hingegen, welcher cane peius et angue obscoenam istam atque infaustam particulam *non*, wie er sich ausdrückt, haßt, eignet diese Worte dem Sabinus zu, und glaubt, sie wären von den ersteren Worten des §. 1. der *L.* 4. Si aversione etc., welche er ebenfalls für Textes-Worte des Sabinus hält, durch die eingeschaltete Anmerkung des Ulpians, welche mit den Worten: Difficile autem est, etc. angehen soll, getrennt worden. Die ganze Lehre des Sabinus sey nämlich folgendermaßen zu fassen: *Vino per aversionem vendito solo custodia praestatur a venditore. Idem est, si uno eodemque pretio veniit certus vasorum numerus, et emtor expresse pactus non est, ut vinum degustaretur: dies enim degustationi praestitutus amovet periculum rei venditae usque ad diei lapsum, ad venditorem, adeoque meliorem emtoris facit conditionem.* Auch Merill [5]) verwirft die Cujazische Emendation, und glaubt, es solle durch die angeführten Worte nur überhaupt der Sinn

1) Observation. Lib. XXIII. cap. 34.

2) Rational. in Pand. ad L. 4. §. 1. D. h. t.

3) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XIV. not. e.

4) Ratio emendandi Leges Cap. VIII. §. 3. et 15.

5) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 12.

ausgedrückt werden, daß es ein Vortheil für den Käufer sey, wenn wegen des Ausprobens beim Weinkauf etwas ausgemacht wurde, weil es bis dahin keine Gefahr habe. Ulpian, dem er diese ganze Stelle ohne Unterschied zuschreibt, schließe nämlich hier a die praestituto ad diem non prastitutum. So wie nämlich der Verkäufer, wenn eine Zeit zum Auskosten bestimmt worden, die Gefahr habe, so liege sie ihm auch in dem entgegengesetzten Falle zur Last, bis der Käufer den Wein versucht hat; und in jedem Falle befinde sich der Käufer dabei besser, als wenn wegen der Degustation gar nichts bedungen worden ist. Johann Jacob Wissenbach[6]) hat diese Erklärung wörtlich angenommen, und ihr nähert sich auch die Erklärung des Herrn Hofr. Gensler[7]). Man sieht wenigstens aus Allem soviel, daß keine Noth vorhanden sey, zu einer so violenten Crisis, die sich Cujaz erlaubt hat, seine Zuflucht zu nehmen. Uebrigens bemerkt Ulpian sehr richtig, daß das bloße Bezeichnen der Fässer, worin sich der gekaufte Wein befindet, die Gefahr nicht auf den Käufer wälze, so lange noch kein Ausproben erfolgt ist. Denn die Meinung des Trebatius, daß das Bezeichnen der Fässer für eine Tradition zu halten sey, ist schon von Labeo verworfen worden, welchem Ulpian hier beistimmt[8]). Die Zeichnung geschieht nur, um die Verwechselung der Fässer zu verhüten. Ob aber der Käufer, der sich das Auskosten vorbehalten hat, so geradezu sagen könne, der Wein schmecke ihm nicht,

6) Exercitation. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXV. Th. 26.

7) Cit. Commentat. §. 6. Not. 13. pag. 18. lit. e.

8) *L*. 1. §. 2 *D. h. t.*

wenn ihn Kenner für gut finden, ist in neueren Zeiten in Zweifel gezogen worden. Schöman[9]) glaubt nämlich, der Käufer könne nicht nach Willkühr seinen Geschmack bestimmen, sondern der Verkäufer könne es auf das Urtheil der Weinverständigen ankommen lassen. Denn sonst wäre ja die ganze Verabredung soviel als nichts, quia nulla promissio consistere potest, wie Javolenus *L.* 108. §. 1. *D. de verbor. obligat.* sagt, quae ex voluntate promittentis statum capit. Diese Meinung scheint dadurch noch eine stärkere Stütze zu erhalten, daß die Gesetze, um nicht die Erfüllung des Vertrags von der bloßen Willkühr des Verpflichteten abhängig zu machen, ein in solchen Fällen gleichsam stillschweigend bedungenes arbitrium boni viri eintreten lassen wollen[10]). Allein diese Meinung läßt sich dennoch nicht wohl vertheidigen. Denn das oben angeführte Gesetz sagt unbedingt: gustus ad hoc proficit, *ut improbare liceat.* Man kann auch hier nicht sagen, es hänge Alles von der Willkühr des Käufers ab. Denn sein Wille ist hier seinem Geschmack untergeordnet. Dieser Geschmack kann nicht nach den Regeln der Kunst beurtheilt werden, sondern ist ein individueller und unwillkührlicher Zustand unseres organischen Körpers, wie Herr Hofr. Gensler[11]) schon sehr richtig gegen jene Meinung erinnert hat. Was übrigens vom Geschmack gesagt worden ist, gilt auch von

9) Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. IX. S. 216. f.

10) *L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. 24. pr. D. Locati.*

11) Cit. Comm. de emt. venditione, quae fit ad mensuram, adnumerat. pondusve vel ad gustum. §. 17. not. 15. pag. 20. sqq.

andern Sinnen, z. B. vom Geruch, vom Besehen, wenn davon die Billigung des gekauften Gegenstandes, und folglich die Perfection des Contracts abhängig gemacht worden ist[12]).

§. 1036.

Unvollkommenheit des Kaufs in Rücksicht des Gegenstandes und Preises.

Unvollkommen ist ferner der Kauf II) in Ansehung des Preises, wenn dieser noch nicht gewiß bestimmt ist. Dahin gehört, wenn die Bestimmung des Preises einem Dritten überlassen worden ist, und dieser seine Meinung noch nicht erklärt hat[13]). Ein Anderes wäre, wenn die Contrahenten sich über den Preis vereinigt, aber mit einander ausgemacht hätten, daß, wenn der Käufer die Sache wieder mit Profit verkaufen könnte, er diesen Gewinn mit dem Verkäufer theilen solle. Hier ist der Kauf gleich perfect, und wird auch dadurch nicht ungiltig, daß der Käufer nachher die Sache entweder gar nicht, oder nicht um einen höhern Preis verkaufen könnte. So lehrt Ulpian *L.* 7, §. 1. *D. de contrah. emt.* Si quis ita emerit: *est mihi fundus emtus centum, et quanto pluris eum vendidero*, valet venditio et statim impletur; habet enim certum pretium, *centum*: augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum

12) S. *Sam.* STRYK Tract. de iure sensuum. Diss. V. Cap. I. nr. 34 — 36.

13) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 980. S. 76 — 83.

vendiderit[14]). Unvollkommen ist endlich III) der Kauf in Rücksicht der Sache, welche den Gegenstand des Contracts ausmacht, 1) wenn sie nach Zahl, Maaß oder Gewicht verkauft worden, und noch keine Zumessung oder Zuzählung erfolgt ist. Hier ist zwar der Kauf in Absicht auf das genus perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind. Denn es wird vorausgesetzt, daß das erhandelte genus gewiß sey, und beide Theile darüber einverstanden sind[15]). Daher kann auch der Käufer auf die Erfüllung des Contracts klagen, das heißt, er kann darauf klagen, daß ihm die Sache zugemessen, zugewogen oder zugezählt werde. Allein imperfect ist der Kauf noch insofern, als entweder die Theile oder Species, die der Käufer von einem gewissen Ganzen haben soll, noch nicht bestimmt sind, sondern ihm erst noch zugezählt oder zugewogen oder zugemessen werden müssen, oder wenigstens die Qualität des gekauften Ganzen vor der Zumessung oder Zuzählung noch ungewiß ist. Daher trägt der Verkäufer bis dahin alle Gefahr, sowohl das periculum interitus als deteriorationis, wie folgende Gesetzstellen lehren:

L. 35. §. 5. *D. de contrah. emt.* In his, quae pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quae in caeteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut,

14) S. *Ant* Faber Rational. in Pand. ad h. L. und Westphal vom Kauf §. 152.

15) *L.* 75. §. 2. *L.* 94. *D. de Verbor. obligat.* S. Gensler Comment. cit. de emt. venditione, quae fit ad mensuram etc. §. 4.

etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, *quantumcunque esset*, uno pretio venierit, (sc. *per aversionem*) item iuris est, quod in caeteris rebus. (sc. *ut emtio sit perfecta, simul atque inter emtorem venditoremque de re atque pretio convenerit.*) Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulos metretas; item frumentum, ut in singulos modios; item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici? Quod similiter scilicet quaeritur et de his, *quae numero constant*, si pro numero corporum pretium fuerit statutum? SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem existimant, *cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos, quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas appenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraveris.*

§. 6. Ergo et si *grex* venierit: siquidem universaliter uno pretio: perfecta videtur, postquam de pretio convenerit: si vero *in singula corpora* certo pretio, eadem erunt, quae *proxime* tractavimus.

§. 7. Sed et si *ex doliario* pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere.* Nec interest, unum

pretium omnium centum metretarum an semel dictum sit, an in singulos eos.

L. 1. §. 1. *D. h. t.* Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit.* Post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras, vel etiam singula dolia. (i. e. *per aversionem, quidquid in amphoris: et quidquid in doliis esset.*)

L. 5. *D. eodem.* Si amphorae centum ex eo vini, quod in cella esset, venierint, si admensum est; *donec admetiatur, omne periculum venditoris est,* nisi id per emtorem fiat. (sc. *quo minus admetiatur vinum, atque tollatur*).

L. 2. *Cod. h. t.* Cum convenit, ut *singulae amphorae vini* certo pretio veneant: antequam tradantur, *imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.* Cum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura, et claves emtoribus traditas, alleges post perfectam venditionem quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent, non solum si vinum, sed etiam si oleum, vel frumentum, vel his similia venierint, et ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint.

Diese Gesetze unterscheiden also durchgehends bei einem Verkaufe solcher Sachen, die aus mehreren Quantitäten

bestehen, es sey Wein oder Oel oder Getreide u. dergl. auch sogar Heerden Vieh ob das Ganze, es sey der ganze Vorrath des Verkäufers oder nur ein bestimmtes Ganzes, z. B. ein Faß Wein, für einen Preis ohne Rücksicht auf Zahl und Maaß; oder ob nach Zahl, Maaß und Gewicht entweder das Ganze oder einzelne Quantitäten desselben gekauft worden sind[16]). In dem ersten Falle ist der Kauf gleich perfect, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind; denn die Waare ist hier ganz bestimmt. Die Gefahr geht also hier noch vor der Uebergabe auf den Käufer über, und zwar ohne Unterschied, sowohl das periculum interitus als das periculum deteriorationis. In dem letzteren Falle aber ist der Kauf bis zur erfolgten ungehinderten Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung noch imperfect. Die Gesetze erwähnen hier zwei Fälle: erstens wenn von einem gewissen Ganzen nur einzelne Quantitäten gekauft worden sind, die durch Zumessen, Zuzählen oder Zuwägen von dem Ganzen erst abgesondert werden müssen; z. B. es kauft Jemand aus einem Weinkeller (doliario) hundert Eimer Wein. Hier bleibt alle Gefahr so lange dem Verkäufer zur Last, bis die Zumessung erfolgt ist. Es muß ihm nur der Käufer daran nicht hinderlich gewesen seyn. Denn vor der Zumessung ist es noch ungewiß, welchen Theil des Weins der Käufer von dem Ganzen erhalten wird. Es kommt übrigens nicht darauf an, ob die 100 Eimer zusammen (in semel) für einen Preis erhandelt worden sind, oder ob der Preis eimerweise bestimmt worden ist. Es ist auch gleichviel, ob das Ganze durch Zufall

16) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 981.

zu Grunde geht, oder nur ein Theil desselben[17]). Zweitens, wenn der Käufer zwar das Ganze zusammen, aber quantitätenweise kauft; z. B. der Käufer kauft ein ganzes Faß Wein, dessen Quantum erst durch Zumessung ausgemittelt werden soll, und zwar dergestalt, daß er für jeden Eimer 30 Thlr. bezahlen will. Hier ist zwar die Species selbst, welche der Käufer erhalten soll, schon gewiß, dennoch aber muß der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung die Gefahr tragen, weil vor der Zumessung noch ungewiß ist, wie viel Quantitäten das gekaufte Ganze enthält, und wie viel daher der Käufer dafür zu bezahlen haben wird. Geht also vorher das Ganze zu Grunde, oder der Wein verdirbt, so trägt der Verkäufer diesen Schaden. Anderer Meinung ist jedoch Voet[18]). Dieser behauptet: wenn Jemand ein gewisses Ganzes für einen nach dem Verhältniß der durch die Zumessung erst auszumittelnden Quantität zu bestimmenden Preis kauft, so müsse der Käufer auch noch vor der Zumessung die Gefahr übernehmen, wenn man nur darüber einig sey, wieviel für jede einzelne Quantität bezahlt werden solle. Denn die Zumessung mache hier keine Bedingung des Contracts aus, von welcher die Giltigkeit desselben abhängig sey, sondern sey nur als modus et demonstratio quaedam quantitatis *vini pure plenegue distracti* anzusehen. Franz Alef[19]) nimmt zwar

17) S. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 35. §. 7. D. de contrah. emt.

18) Voet Commentar. in Pand. h. t. §. 4.

19) Diss. cit. de eo, quod iustum est, circa pericul. et commod rei vend. Cap. III. §. 41.

auch diese Meinung, aber doch nur unter der näheren Bestimmung an, wenn der Verkäufer versichert hätte, das Ganze enthalte eine bestimmte Anzahl von Quantitäten, und der Käufer, sich auf diese Versicherung verlassend, ein dieser Quantität angemessenes Kaufgeld versprochen hätte. Hier sey der Handel gleich perfect, und der Wille der Contrahenten gehe blos dahin, daß, wenn sich beim Zumessen eine geringere Quantität findet, als angegeben worden, soviel vom Preis verhältnißmäßig abgehe, als der Abgang der Waare beträgt, der Ueberschuß aber ein Gewinn für den Käufer sey. Samuel Friedrich Willenberg[20]) hingegen meint, daß man, wenn der Verkäufer bei dem Verkauf eines gewissen Ganzen die Quantität angegeben habe, drei Fälle unterscheiden müsse: die Quantität ist a) nur demonstrative angegeben, z. B. ich verkaufe dir diesen Haufen Getreide, welcher ohngefähr 100 Schäffel enthält. Dieser Kauf sey für einen wahren Aversional-Handel zu halten, die Gefahr gehe also gleich auf den Käufer über, denn der Preis bleibe hier der nämliche, es möge sich bei der Ausmessung eine größere oder geringere Quantität finden. b) Die Quantität des Ganzen ist restrictive angegeben, z. B. der Verkäufer verkauft dem Käufer einen Haufen Getreide von 100 Schäffeln. Hier komme es auf eine Vermessung an, und bis dahin habe der Verkäufer die Gefahr. Dieser müsse für den Defect stehen, aber auch der Ueberschuß gehöre ihm. c) Die Quantität sey modificative beigefügt, z. B. ich

20) Exercitat. de periculo rei ad quantitatem vel gustum venditae, in *Eius* Selectis iurisprud. civilis. P. I. Exercitat. XVII. §. 3 — 7.

kaufe dir diesen Haufen Getreide ab, er muß aber 100 Schäffel enthalten. Hier trage der Käufer die Gefahr vor der Zumessung; dafür lucrire er auch den Ueberschuß, und findet sich weniger, so könne er diesen Defect von dem Kaufgelde abrechnen. Mir scheinen aber alle diese Meinungen mit den angeführten Gesetzen nicht übereinzustimmen, welche vielmehr den Grundsatz feststellen: so oft es bei einem Handel noch auf eine Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung ankommt, um entweder die dem Käufer zu übergebenden Theile von einem gewissen Ganzen zu bestimmen, oder um die Größe oder Quantität des gekauften Ganzen auszumitteln und darnach den Preis zu bestimmen, so ist der Kauf nicht eher perfect, als bis die Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung erfolgt ist, wenn auch der Käufer die Waare, wie er sich vorbehalten hat, versucht und gut befunden hätte; bis dahin trifft also der Schaden des Zufalls den Verkäufer[21]. Voet beruft sich zwar zur Begründung seiner Meinung auf die *L.* 10. §. 1. *D. h. t.*, wo Ulpian sagt: In *libro septimo Digestorum* JULIANI SCAEVOLA notat: Fundi nomine emtor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit. Allein es wird hier weiter nichts gesagt, als daß der Käufer wegen des ihm verkauften Grundstücks nicht auf Entschädigung klagen könne, wenn vor der Ausmessung desselben ein Theil davon durch Ueberschwemmung oder durch einen Erdfall untergegangen ist. Ob aber der Verkäufer gegen ihn auf die Bezahlung des ganzen Kaufgeldes klagen

21) GENSLER cit. Commentat. §. 8. et not. 16.

könne, wird hier nicht entschieden[22]). Wir haben also hier nicht nöthig, mit Anton Faber[23]) anzunehmen, daß man bei unbeweglichen Sachen, welche ad mensuram verkauft worden sind, eine Ausnahme von der Regel, nach welcher sonst ein solcher Kauf bedingt und vor der Admensuration noch imperfect sey, gemacht habe. Eben so wenig bedarf es einer Emendation der Leseart, zu welcher Peter Burgius[24]) seine Zuflucht nimmt, welcher *in libro septimo Digestorum Juliani sententiam Scaevola notat* lesen und diese Stelle so verstehen will, daß hier die Meinung des Julianus vom Scävola in seinen Digesten verworfen worden sey. Denn wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß diese Leseart wirklich in verschiedenen Ausgaben und Handschriften der Pandecten gefunden wird[25]), auch nicht bezweifelt werden kann, daß Scävola über Julians Digesten Noten geschrieben habe, wovon die Ueberschrift der *L.* 54. *D. de pactis* nach meiner Einsicht einen überzeugenden Beweis gibt, so kann doch das Wort *notare* hier nicht für reprehendere genommen werden, weil ja sonst Scävola die Meinung des Julianus mit Unrecht getadelt hätte, wie auch Gerhard Noodt[26]) mit Recht erinnert hat.

22) S. *Barthol.* Chesius Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 34. nr. 10. pag. 166. (*Liburni* 1657, f.) und Westphal vom Kauf. §. 599.

23) Rational. in Pand. ad L. 10. §. 1. D. h. t.

24) Elector. Cap. XIII. (in *Thes. iur. Rom.* Otton. Tom. I. pag. 333.)

25) So liest z. B. Petrus ab Area Baudoza Cestius und unsere Erlanger Pandecten-Handschrift hat: Idem libro 6. Digestorum Iuliani sententiam Scaevola notat.

26) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Similiter* pag. 414.

Wenn nun aber auch gleich der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung die Gefahr ohne Unterschied behält, so muß er deswegen doch auch bis dahin custodiam prästiren. Nicht nur Ulpian lehrt dieß *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*, wenn er sagt: Sed et *custodiam* ad diem mensurae venditor praestare debet, sondern Cajus bestimmt diese custodia noch näher, wenn er *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* sagt: CUSTODIAM autem *ante admetiendi diem* qualem praestare venditorem oporteat, utrum *plenam*, ut et *diligentiam* praestet: an vero dolum duntaxat, videamus. Et puto, *eam diligentiam venditorem exhibere debere*, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum. Die Ausleger haben zwar auch bei diesen Stellen Schwierigkeiten gefunden. Gerhard Noodt[27]) glaubt, von einer custodia könne hier gar keine Rede seyn; denn die Frage sey de casu, modum custodiae diligentiaeque egrediente. Es hätte also in den angeführten Stellen nicht custodia, sondern periculum heißen sollen, zumal da Ulpian sage: priusquam admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. Ihm stimmt auch Pothier[28]) bei. Anton Faber[29]) hingegen nimmt mit Accursius einen solchen Fall an, wo vinum doliare, (Wein in bestimmten Fässern[30])), wovon

27) Commentat. ad Dig. h. t. §. *Initium* pag. 413.

28) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. pag. 511.

29) Rational. in Pandect. ad L. 2. §. 1. D. h. t.

30) S. *Guil.* BUDAEI Annotat. prior. et posterior. in Pand. ad L. 1. §. 4. D. h. t. pag. 159. (*Lutetiae* 1556. f.)

in der *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* die Rede war, also per modum speciei, non generis gekauft, und das Zumessen, wozu die Contrahenten einen gewissen Tag bestimmt hatten, nicht sowohl dazu geschehen sollte, ut appareret, quantum emeretur, sed ut appareret, quantum emtori aut perisset, aut non perisset, so daß also die Perfection des Kaufs selbst nicht von der Zumessung abhängig gemacht worden sey. Atque ita omnino, sagt Faber, meo indicio sentiendum est. *Quoties enim periculum rei venditae ad emtorem pertinet, toties dicimus venditorem interim, et ad traditionem usque, custodiam praestare debere. Quoties autem custodiam praestare venditor debet, toties dicimus, et a fatali damno, et a vi maiore excusandum eum esse. Qua enim custodia vel diligentia assequi quisquam possit, ne damnum iniuria ab alio patiatur?* Allein ich kann hier weder der Emendation des Noodt, noch der Erklärung des Faber beistimmen. Wie unnütz und zwecklos müßte nicht eine solche Zumessung seyn? und wer sollte wohl glauben, daß die Contrahenten dazu einen Tag bestimmt haben sollten, wenn nicht ihre Absicht gewesen wäre, daß der Handel erst dadurch seine Perfection erhalten solle? wie dieses auch durch die Worte der *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, deutlich genug ausgedrückt wird. Es kann ja sehr wohl mit einander bestehen, daß der Verkäufer bis zum Tage der Zumessung alle Gefahr trägt und nichts desto weniger auch custodiam prästiren muß, wie schon Bartholomäus Chesi[31]) sehr gründlich ausgeführt hat. Denn wenn

31) Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 34. nr. 4 — 9. pag. 165.

auch der Kauf, so lange die Zumessung noch nicht erfolgt ist, noch nicht für perfect gehalten werden kann, so ist er doch schon dergestalt verbindlich, daß es keinem von beiden Theilen erlaubt ist, von dem Handel abzugehen. Der Käufer erwirbt ja aus einem, sogar unter einer bloßen Casual-Bedingung geschlossenen Kaufe wenigstens ein künftiges Recht, sey es auch nur, wie Justinian[32]) sagt, eine **spes debitum iri**; um wie viel mehr ist dieses in dem Falle zu behaupten, wenn die Erfüllung der Bedingung so ganz in der Macht der Contrahenten steht, wie die Bedingung der Zumessung, durch welche überhaupt nur die Quantität der gekauften Sache bestimmt und ausgemittelt werden soll! **Mensura enim**, sagt Paulus *L.* 34. §. 5. *D. de contrah. emt.*, **non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat,** ***sed ut appareat, quantum ematur***. Da also dem Käufer daran gelegen ist, daß die Bedingung erfüllt werde, und der Contract seine Perfection erhalte, so kann es ja unmöglich in der Willkühr des Verkäufers stehen, die Sache zu vernachläßigen. Es liegt ihm vielmehr ganz natürlich die Verbindlichkeit ob, dieselbe so zu verwahren, daß sie nicht durch seine Schuld zu Grunde gehe, und die Klage des Käufers auf Zumessung nicht vereitelt werde, weil er sonst dem Käufer alles Interesse vergüten muß[33]). So schließt also die Uebernehmung des **periculi** die Pflicht zur **custodiae praestatio** keinesweges aus; beides äußert sich vielmehr in seiner Wirkung auf ganz verschiedene Art. Denn geht die Sache ohne alle Schuld des Verkäufers

32) §. 4. I. de verbor. obligat.

33) *L.* 36. *D. de act. emti et vend.*

zufällig zu Grunde, so ist die Folge der von dem Verkäufer zu tragenden Gefahr blos die, daß er jetzt das Kaufgeld nicht fordern kann oder das schon empfangene wieder herausgeben muß; allein ist diese Sache durch omissio custodiae zu Grunde gegangen, so kann der Verkäufer nicht nur kein Kaufgeld fordern, sondern er muß noch überdem dem Käufer allen Schaden ersetzen[34]). Ist die Zumessung erfolgt, und diese, wie gewöhnlich, mit der Uebergabe verbunden, so hört auf Seiten des Verkäufers mit der Verbindlichkeit zur custodia auch alle Gefahr auf[35]). So gewiß dieß an sich ist, so wenig ist man darüber einig, ob der Verkäufer bis zur erfolgten Zumessung custodiam plenam, und also exactissimam in servanda re diligentiam oder nur custodiam ordinariam, und also gewöhnlichen Fleiß zu prästiren habe? Man glaubt, ersteres würde einer vernünftigen Legislation, ja dem gemeinen Wohl entgegen streiten[36]). Denn wer würde etwas auf Zumessung verkaufen wollen, wenn er bis dahin, wo diese erfolgt ist, die Sache mit dem möglichst größten Fleiße verwahren, und also für das kleinste Versehen haften müßte, falls die Sache zu Grunde gehen sollte? Unmöglich könne daher dieses die Meinung der *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* seyn, oder Cajus hätte eine ganz singuläre Meinung behauptet, der kein anderer Rechtsgelehrter Beifall gegeben hätte. Etwas Anderes wäre es freilich, wenn der Kauf seine Per-

34) S. Gensler cit. Comm. de E. V. quae fit ad mensuram etc. §. 4. Not. 11. pag. 12.

35) Gensler cit. Commentat. §. 5.

36) Gensler cit. Commentat. §. 11.

fection erreicht hat. Hier müsse natürlich, wie Paulus *L.* 3. *D. h. t.* lehrt, der Verkäufer custotiam talem prästiren, quam praestant hi, quibus res commodata est. Allein dort sey ja der Kauf bis zur erfolgten Zumessung noch imperfect. In diesem Falle brauche er nur custodiam schlechthin zu prästiren, das ist, die Sache ordentlich zu verwahren. So lehre auch Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Cajus habe viel zu unbestimmt sich ausgedrückt, als daß man aus seinen Worten mit Gewißheit schließen könnte, er habe bei der dem Verkäufer auferlegten Verbindlichkeit zur custodia gerade an den höchsten Fleiß gedacht. Es leuchte vielmehr in die Augen, daß er blos die beiden äußersten Gränzen der custodia berührt habe, nämlich dolus und diligentia, und zwar letztere für diligentia summa genommen; die ihm vorgelegte Frage habe er aber so entschieden, daß der gewöhnliche oder mittlere Fleiß nicht ausgeschlossen sey. Unius positio non est alterius exclusio[37]). Allein man kann immerhin zugeben, daß die custodia ihre Grade habe; sonst gäbe es keine custodia plena. Daß aber dennoch auch hier dieselbe custodia bis zur Zumessung zu prästiren sey, welche der Verkäufer, ausser dem Fall der Zumessung, bis zur Uebergabe prästiren muß, lehrt Cajus unverkennbar. Es ist hier nicht zu übersehen, daß die *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* aus des Cajus *liberis rerum quotidianarum* genommen ist. Diese Bücher enthielten eine Darstellung der gangbarsten Rechtsmaterien, worin Cajus die Theorie, und was besonders ad fundamenta iuris gehörte, in den am meisten practischen

37) Westphal vom Kauf. §. 569.

Beziehungen entwickelt hat[38]). Schon diese Bemerkung überzeugt uns, daß Cajus hier ganz bestimmte Rechtssätze, und keine singuläre Meinungen vorgetragen habe. Es ist aber auch in der That gar kein Grund abzusehen, warum in dem Falle eine andere custodia zu prästiren seyn sollte, wenn etwas unter der Bedingung der noch erst zu erfolgenden Zumessung verkauft wurde, als in dem Falle, da der Handel unbedingt geschlossen worden ist. Muß nun in dem letzteren Falle der Verkäufer custodiam plenam prästiren, gleich dem Commodatar, warum nicht auch in dem ersteren Falle? da ja die Unvollkommenheit des Contracts das Recht des Käufers nicht mindert, und die Erfüllung der Bedingung, von welcher die Perfection desselben abhängt, hier erzwungen werden kann. Wie kann endlich zwischen zwei Extremen noch ein Mittleres denkbar seyn, wenn Cajus sagt, der Verkäufer solle bis zum Tage der Zumessung eam diligentiam prästiren, *ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum?* Soll ihn nur ein unabwendlicher Zufall von der Leistung des Interesse befreien, so muß er also wohl für jedes, auch das kleinste Versehen, verantwortlich seyn. Es läßt sich daher zwischen Ulpian und Cajus durchaus kein Widerspruch annehmen. Ist der Käufer säumig, sich die Waare der Verabredung gemäß zumessen zu lassen, so geht nun die Gefahr auf den Käufer über, und der Verkäufer steht nur für dolus und culpa lata[39]). Braucht der Ver-

38) S. Göschen über die Res quotidianae des Cajus; (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Göschen 1. Band 1. Heft Berlin 1815. Nr. IV. S. 69. ff.

39) *L.* 5. *L.* 17. *D. h. t.*

käufer seine Fässer selbst, und er muß fremde miethen, so muß ihm der Käufer das Miethgeld ersetzen, oder hätte er seine Fässer vermiethen können, wenn der Wein gehörig abgeholt worden wäre, so muß dem Verkäufer auch dieser entgangene Gewinn vergütet werden. Kann er seine Fässer wegen der eingetretenen Weinlese nicht entbehren, und, weil Jeder die seinigen braucht, auch keine fremden miethen, so kann er den Wein an einen Andern verkaufen, und was er jetzt weniger dafür erhält, muß ihm der Käufer vergüten. Kann der Verkäufer den Wein auch nicht auf diese Art anbringen, so ist es ihm sogar erlaubt, den Wein wegzuschütten. Ehe jedoch der Verkäufer zu diesem Extrem schreitet, muß er den Käufer nochmals vor Zeugen auffordern, den Wein abzuholen, und ihm ankündigen, daß er widrigenfalls den Wein weggießen werde. Es muß aber doch der Wein, ehe er weggegossen wird, gemessen werden, unstreitig in Gegenwart von Zeugen, damit man weiß, wie viel Wein für Rechnung des Käufers weggeschüttet worden ist, und ihm nicht mehr angerechnet werde, als der Verkäufer ausgegossen hat [40]).

L. 1. §. 3. *D. h. t.* Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denunciet emtori, *ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur.* Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exige-

40) S. Westphal vom Kauf §. 536. und Gensler Commentat. cit. §. 10. pag. 26. sqq.

re; sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emtore reddatur; aut vendere vinum bona fide, id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minimo detrimento sit ea res emtori.

L. 1. §. 4. *D. eod.* Si doliare vinum emeris, nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam opera eorum[41]) futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, et effundere[42]). Veteres enim hoc

41) Das Wort Opera wird hier gegen den eigentlichen Sprachgebrauch für usus genommen. Iensius in Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. pag. 137. glaubt hier wieder einen Beweis für seine Hypothese zu finden, daß unsere Pandecten aus dem Griechischen übersetzt worden seyen.

42) Einige Rechtsgelehrte wollen daran zweifeln, daß es dem Verkäufer im Ernst erlaubt sey, den Wein wegen der Saumseligkeit des Käufers auszuschütten. Sie halten das hier Gesagte für Scherz und Ironie. Denn wie könne ein Korb, der aus Weiden geflochten ist, zum Maaße dienen? gewiß so wenig als ein Sieb, da das eine so wenig, als das andere, etwas Flüßiges zusammenhält. S. Cujacius Observation. Lib. II. cap. 36. *Dionys.* Gothofredus in Not. ad h. §. 4. L. 1. D. h. t. und *Tussan.* de la Rüe Amoenae iuris Observationes. Dec. II. cap. 3. (in *Thes. iur. Rom. Otton.*

propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet, ut apparet, quantum emtori perierit.

Tom. V. pag. 1507.) Allein man sehe dagegen *Corn. van.* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 25. §. 2. *Corbis* muß allerdings, eben so wie culeus, ein gewisses Weinmaaß gewesen seyn, welches flüßige Sachen in sich faßte, bis man sie, wenn das Maaß voll war, durch eine vielleicht am Ende angebrachte Oeffnung, (subducta lamina coriove) wieder auslaufen ließ. S. *Ulr.* Huber Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. pag. 788. sq. Iensius in Strictur. pag. 138. sagt, *Corbis* sey hier eben das, was bei Hesychius *κόφινος* sey, nämlich *μέτρον χωροῦν τρεῖς χόας*, i. e. vini mensura tres choas capiens. Man sehe auch *Guil.* Budaeus Notae prior. et poster. ad Pand. ad h. L. Ein Spaß wäre also hier am unrechten Orte angebracht! *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad h. L. glaubt vielmehr, der Verkäufer könne sich seines Rechts, den Wein auszuschütten, sofort bedienen, wenn ihm auch die gelinderen Auskunftsmittel zu Gebote gestanden hätten. Eben so *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. pag. 413. Noch bemerke ich aus *M.* Porcius cato de re rustica Cap. 148., daß sich der Käufer, zur Ausmittelung des Quantums, auch der Eidesdelation habe bedienen können. Uebrigens sagt auch dieser Klassiker, es sey sogar beim Weinverkauf eine gewöhnliche Clausel gewesen: Si emtor non deportaverit, *dominus vino, quid volet, faciet.* Willenberg in Exercitat. cit. de periculo rei ad quantitatem vel gustum vend. §. 11. erklärt hingegen das effundere so, daß der Verkäufer, wenn er seine Weinfässer selbst braucht, den verkauften Wein, welchen sich der Käufer nicht auf die geschehene Ankündigung habe zumessen lassen, nun in andere, auch dazu nicht geeignete offene Gefäße, auf des Käufers Gefahr, solle abfüllen können, wo er seine Stärke verliert, und leicht verderben kann; weil es eine Sünde wäre,

L. 2. *D. eodem.* Hoc ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina, et vendere solet, is dies spectandus est, quo ex commodo venditoris tolli possint.

2) Wenn Etwas in genere gekauft wurde, wovon die zu übergebende Species erst noch durch die Wahl zu bestimmen ist. Hier ist der Verkäufer, als debitor generis, von seiner Verbindlichkeit nicht frei, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne Species zu Grunde gehen, sondern er muß den Schaden tragen. Denn es war ja noch ungewiß, welche Species der Käufer erhalten sollte. Wird aber das ganze genus, ohne des Verkäufers verantwortliche Schuld, zufällig vernichtet, so wird zwar der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit, den Contract zu erfüllen, befreit; ob aber der Käufer den bedungenen Preis dennoch zu bezahlen schuldig sey, ist zweifelhaft. Herr Hofrath Thibaut[43]) glaubt dieß ohne Bedenken bejahen zu können. Denn man setze: der Käufer habe dem Verkäufer unbedingt eines von seinen Pferden, die alle von gleichem Schlage und Preise sind, abgekauft. Hier ist ja auch das gekaufte mit gefallen, wenn sie alle gefallen sind. Er führt

den Wein auf die Erde zu schütten. Allein Ulpian erkennt ja hier selbst an, was er *L.* 144. *D. de div. reg. iur.* sagt: Non omne, quod licet, honestum est, und lobt den Käufer, wenn er es zu diesem Extrem nicht kommen läßt. Man vergleiche übrigens noch Schilter Prax. iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 117.

43) System des Pand. Rechts. 1. Th. §. 175. lit. B. S. 135. der 4. Ausgabe.

auch noch mehrere Gesetzstellen[44]) an, von denen aber freilich keine einzige hieher gehört, wie Herr Hofr. Gensler[45]) gezeigt hat, welcher daher mit Lauterbach[46]) anderer Meinung ist, weil ein in genere geschlossener Kauf nicht eher für perfect zu halten sey, als wenn die Sache dem Käufer in specie tradirt worden ist. Diesen Grund braucht auch Wilhelm Prousteau[47]). Außer Zweifel ist es jedoch

3) daß bei einem alternativ geschlossenen Kaufe zwar vor der Wahl der Verkäufer den Verlust trage, wenn eine von beiden Sachen zu Grunde geht, der Käufer jedoch den bestimmten Preis bezahlen müsse, wenn vor der Wahl alle beide verloren gehen. Dieß lehrt uns Paulus *L.* 34. §. 6. *D. de contrah. emt.* **Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus, aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus; sed uno mortuo, qui superest, dandus est: et ideo prioris periculum ad vendito-**

44) *L.* 42. *D. de iure dot.* *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et act.* *L.* 30. §. 5. *D. ad Leg. Falcid.*

45) Cit. Commentat. §. 4. not. 10. lit. A. pag. 9. sq.

46) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 15. et 21.

47) Recitation. ad L. 23. Dig. de reg. iuris Cap. XVII. §. 9. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 517.) Die *L.* 14. §. 1. *D. h. t.*, worauf er sich beruft, gehört jedoch nicht hieher; denn das Wort *materia* bezeichnet hier kein genus, sondern eine res in specie certa, nämlich trabes venditae, verkaufte Balken oder Bauholz. Denn wie könnte sonst von einem Diebstahl derselben die Rede seyn? wie auch schon *Ulr.* Huber in Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 5. bemerkt hat.

rem, posterioris ad emtorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: *unus enim utique periculo emtoris vixit.* Es erhellt zugleich aus diesem Gesetze, daß bei einem alternativen Kaufe der Verkäufer als Schuldner die Wahl habe, diese Wahl aber nur so lange daure, als sie möglich ist. Ist also nur noch eine von beiden Sachen übrig, so muß diese dem Käufer gegeben werden, weil der Verkäufer sein Wahlrecht verloren hat, das Recht des Käufers hingegen nicht blos auf jene erste Sache beschränkt war [48]). Sind hingegen beide Sachen vor der Wahl durch Zufall zu Grunde gegangen, es sey zugleich, oder eine nach der andern, so trägt der Käufer den Zufall, so daß er den bedungenen Preis für eine derselben bezahlen muß, weil ihm doch eine von beiden hätte übergeben werden müssen [49]). Ein Gleiches würde indessen Statt finden, wenn sich auch der Käufer die Wahl vorbehalten hätte, wie Paulus ebenfalls bemerkt, wenn er noch hinzufügt: Idem dicendum est, *etiamsi emtoris fuit arbitrium, quem vellet, habere:* si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet.

Noch ist zu bemerken, daß, wenn Waaren von einem entfernten Orte her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschieht,

48) *L.* 128. *in fin. D. de verb. obligat. L.* 95. *pr. et* §. 1. *D. de Solution. L.* 47. §. 3. *D. de legat. I. Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 34. §. 6. D. de contr. emt.

49) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf. §. 587.

wenn auch gleich der Preis noch nicht bestimmt worden wäre, weil derjenige, welcher die Waaren verschreibt, sich anheischig macht, den Preis dafür zu bezahlen, um welchen sie dort verkauft zu werden pflegen [50]).

§. 1037.

Ausnahmen von der Regel, daß die Gefahr nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergeht.

Die Regel, daß nach richtig gewordenem Kaufe den Käufer die Unglücksfälle treffen, leidet folgende Ausnahmen:

1) Wenn ausdrücklich verabredet worden ist, daß der Verkäufer bis zur Uebergabe der Sache die Gefahr tragen solle. Daß ein solcher Vertrag gelte, hat keinen Zweifel [51]).

2) Wenn die Sache durch eine solche Culpa des Verkäufers zu Grunde gegangen ist, die er zu vertreten hat, oder wenn der Untergang der Sache dadurch verursacht wurde, daß der Verkäufer die zur Erhaltung derselben nöthigen Kosten aufzuwenden unterließ [52]).

50) S. Struben rechtliche Bedenken Th. 2. Bed. 75. und Hommel Rhapsod. quaestion. forens. Vol. V. Obs. 608. et Obs. 689.

51) *L.* 35. §. 4. *de contrah. emt.* *L.* 1. *pr.* *et* *L.* 10. *pr.* *D. h. t.* S. Gensler Commentat. cit. §. 9. und *Ge.* Frantzke Commentat. ad Dig. h. t. §. 20.

52) §. 3. *I. de emt. et vendit.* *L.* 11. *D. h. t.* *L.* 13. §. 22. *L.* 36. *D. de act. emti et vend.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t § 6.

3) Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe säumte, und durch diesen Verzug der Schade verursacht worden ist[53]).

4) Wenn die Sache wegen eines alten Fehlers zu Grunde ging, der schon zur Zeit des Contracts vorhanden und dem Käufer unbekannt war[54]). Hier ist die Sache zur redhibitorischen Klage geeignet. Wenn hingegen der Verkäufer wußte, daß sich die Sache nicht halten werde, und solches dem Käufer nicht angezeigt hat, so haftet er ihm für alles Interesse[55]).

§. 1038.

Vortheile des Käufers nach geschlossenem Kaufe.

Die andere oben (§. 1033.) aufgeworfene Frage betrifft die Vortheile und Lasten der verkauften Sache. Hier sind folgende Grundsätze zu bemerken: I. Dem Käufer gehören von dem Augenblick an, da der Handel zur Richtigkeit kam, alle Vortheile der Sache, die nur ein Eigenthümer haben kann[56]). Nam et *commodum* eius esse debet, cuius periculum est, sagt Justinian §. 3. *I. de emt. vendit.* Ihm gehören also 1) alle accessio-

53) *L.* 4. *L.* 6. *Cod. h. t.* Lauterbach cit. loc. §. 7.

54) *L.* 1. *L. ult. Cod. h. t.* Prousteau Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVII. §. 17. und Lauterbach cit. loc. §. 9.

55) *L.* 15. *D. h. t.*

56) *L.* 1. *Cod. h. t.* Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet. S. Westphal vom Kaufe §. 581. u. 590.

nes rei venditae, z. B. was dem verkauften Grundstücke durch Alluvion oder vis fluminis zuwächst[57]). Ferner partus ancillae[58]). Nicht minder der Gewinn des erhöhten Werthes[59]). Ob ihm aber auch der vor der Uebergabe gefundene Schatz gehöre, ist streitig. Die meisten Rechtsgelehrten[60]) verneinen dieß aus dem Grunde, weil der Verkäufer vor der Uebergabe noch Eigenthümer der verkauften Sache bleibe. Qui nondum rem emtori tradidit, *adhuc ipse* DOMINUS *est*, sagt Justinian §. 3. *in fin. I. de emtione et vendit.* ausdrücklich. Nach

57) *L.* 7. *D. h. t.* Id quod post emtionem fundo accessit *per alluvionem*, vel periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet.

58) L. 4. §. 1. *D. de Usuris et fruct. et omnib. accession.*

59) *L.* 12. *Cod. h. t.* Sicut periculum vini mutati, quod certum fuerit comparatum, (id est, *in specie, non in genere*) ad emtorem, ita *commodum aucti pretii pertinet.*

60) *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 211 — 217. STRUV synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. MÜLLER ad *Eundem* not. *s.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 36. *Io. Henr.* BERGER Resolution. Legg. obstant. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 11. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Tit. de action. emti et venditi. Qu. 15. *Io. Ger.* SCHLITTE Diss. de thesauro in fundo vendito ante traditionem reperto. *Halae* 1724. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de iure thesauri in fundo vendito non tradito. *Lipsiae* 1769. *Aug. Corn.* STOCKMANN Diss. de acquirendo per occupationem rerum dominio Observationes. *Lipsiae* 1806. Cap. II. §. 14. pag. 43. Christ. Heinr. Gottl. Köchy civilist. Erörterungen 1. Samml. (Leipzig 1797. 8.) Nr. VII. S. 246. Not. z.

der Verordnung des Kaisers Hadrian, welche Justinian §. 39. *I. de rer. divis*, bestätigt hat, gehöre aber der Schatz dem Finder, der ihn auf seinem Eigenthume gefunden hat. Man glaubt ferner, auch die *L. 67. D. de rei vindicat.* beweise sehr deutlich, daß der auf dem verkauften Grundstück gefundene Schatz dem Käufer nach Grundsätzen der Accession nur dann zugehöre, wenn zur Zeit der geschehenen Invention das Eigenthum durch die erfolgte Uebergabe auf den Käufer bereits übertragen war. Ueberdem sey der Schatz als ein donum fortunae anzusehen, und stehe daher mit dem verkauften Grundstück in keiner Verbindung, sondern mache eine res prorsus separata aus[61]). Andere[62]) hingegen sprechen den vor der Uebergabe auf dem verkauften Grundstück gefun-

61) *L.* 63. §. 1. *D. de acquir. rer. dom. L.* 3. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

62) *Andr.* ALCIATUS Parergor. Lib. VII. cap. 1. FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. II. cap. 28. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 529.) *Henr.* NEBELKRAE Lib. I. Decis. 9. *Gottl. Ger.* TITIUS Observation. ad *Lauterbachium* Obs. 575. *Iac. Frid.* LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 2. *Ioach.* SCHOEPFFER Synops. iur. Rom. Tit. de act. E. et V. nr. 14. *Ge.* BEYER Delineat. iur. civ. sec. Pandect. Lib. XIX. Tit. 1. Posit. 44. *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. MARTINI Diss. an thesaurus in fundo emto cum moneta viginti annorum excusa inventus ad venditorem potius, quam emtorem pertineat? *Erfordiae* 1709. LINCKE Diss. de emtore ante traditionem rei venditae thesaurum vel eius partem acquirente. *Argentor.* 1724. *Iust. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 11. und *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 175. in fin.

denen Schatz, und zwar, wie ich glaube, mit Recht, dem Käufer zu, so weit er wenigstens iure accessionis erworben wird. Denn ist gleich der Verkäufer bis zur Uebergabe noch Eigenthümer der Sache, so ist er es doch nur in Rücksicht eines jeden Dritten. Daher kann nur er, nicht aber ohne Cession der Käufer, die Reivindication, die condictio furtiva, die actio Legis Aquiliae, die actio furti, die actio aquae pluviae arcendae, das interdictum quod vi aut clam, wegen der an der Sache gewagten Unternehmungen oder Beschädigungen Anderer anstellen[63]). Im Verhältniß zum Käufer aber ist der Verkäufer als ein debitor speciei anzusehen, der sich in Rücksicht der verkauften Sache durchaus keine Vortheile mehr zueignen kann, sie haben Namen, wie sie wollen, vielmehr in dieser Hinsicht die verkaufte, wenn gleich noch nicht übergebene Sache als eine ihm nicht mehr gehörige anzusehen hat. Es kann daher dem Verkäufer die Verordnung des Krs. Hadrian nur in sofern zu statten kommen, daß ihm die Hälfte des Schatzes als Finder gebührt, wogegen er die andere Hälfte eben so, wie jede andere accessio, dem Käufer um so mehr herausgeben muß, als demselben nach der Verordnung des Kaisers Alexander *L.* 1. *Cod. h. t.* von Zeit des abgeschlossenen Kaufs an, OMNE COMMODUM, ohne irgend eine Ausnahme zu machen, und also in eben dem Umfange gehören soll, wie ihn das incommodum trifft, quod rei venditae contingit. Die *L.* 67. *D. de rei vind.* entscheidet hierüber gar nichts. Scävola sagt: A tu-

63) §. 3. *I. de emt. et vend.* *L.* 13. §. 12. *D. de act. emti et vend.*

tore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit. Is pecuniam invenit. Quaeritur, ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilominus eius eam esse, cuius fuerat. Es war nämlich zwischen dem Käufer eines Hauses und dem Vormund eines Pupillen, von welchem Ersterer das Haus gekauft hatte, ein Streit darüber entstanden, wem das, bei Gelegenheit einer von dem Käufer, vermuthlich wohl erst nach erfolgter Uebergabe, unternommenen Reparatur, von dem Handwerksmann bei seiner Arbeit in dem Hause gefundene Geld gehöre? Scävola entscheidet diesen Fall so, daß das gefundene Geld, wofern es kein eigentlicher Schatz ist, sondern verloren oder aus Versehen von demjenigen, dem es gehört, nicht hinweggenommen seyn sollte, dem vorigen Eigenthümer verbleiben müsse. Er gibt nun zwar hiedurch zugleich zu erkennen, daß sich die Sache ganz anders verhalten würde, wenn das gefundene Geld ein Schatz wäre. Allein er hat doch darüber weiter nichts entschieden[64]). Dem Käufer gehören ferner nach der Perfection des Contracts auch 2) alle Nutzungen der Sache. Um dieß näher zu bestimmen, ist zwischen natürlichen und bürgerlichen Früchten zu unterscheiden. a) Die natürlichen Früchte, so ferne sie zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon von der Sache abgesondert waren, verbleiben zwar dem Verkäu-

64) S. *Christ. Gottl.* Richter Exercit. iur. civ. de iure thesauri a mercenario inventi. *Lipsiae* 1773. Cap. III. §. 5.

fer[65]); diejenigen Früchte aber, welche zu der Zeit noch hingen, wenn sie auch gleich zur Ernte reif waren oder erst in der Folge eingeerntet worden sind, gehören dem Käufer[66]); und macht sich der Verkäufer bei der Uebergabe eines Verzugs schuldig, so haftet er dem Käufer auch sogar wegen der vernachläßigten Früchte[67]). Es ist eine irrige Meinung, wenn einige Rechtsgelehrte[68]) behaupten wollen, daß ausser der Perfection des Handels auch noch die Bezahlung des Kaufgeldes erfordert werde, wenn der Käufer die natürlichen Früchte in An-

65) *L.* 2. *C. de act. emti et vend.* Fructus autem percеptos *ante venditionem contractam*, quos, cum venditioni non accessissent, eundem emtorem invasisse proponis, eodem iudicio reposces.

66) *L.* 13. *C. de action. emti et vend.* Fructus *post perfectum iure contractum*, emtoris spectare personam convenit. *L.* 16. *Cod. eodem.* Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est. *L.* 13. §. 10. *D. de act. Emti et Vend.* Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emtori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. *L.* 38. §. 8. *D. de Usur.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 18 — 20.

67) Arg. *L.* 21. §. 3. *D. de act. Emti et Vend.* LAUTERBACH c. l. §. 21.

68) *Iac.* CUJACIUS in Not. ad *Pauli* Sentent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 7. *Ant.* SCHULTING Not. ad eundem *Pauli* loc. in *Iurisprud. Antejust.* pag. 294. not. 18. et 19. und *Bav.* VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelection. ad illustriores quosd. Titulos Locaque sel. iuris civ. (*Lugd. Bat.* 1773. 4.) ad L. 11. Cod. h. t. not. e. pag. 337.

pruch nehmen wolle. Die Gesetze unseres corpus iuris Rom. enthalten von dieser Einschränkung nichts, und was n den Fragmenten von des Paulus *Sententiis receptis*, Lib. II. Tit. 17. §. 7. gesagt wird: Ex die emtionis, *i pretium numeratum sit*, et fructus, et operae servorum, et foetus pecorum, et ancillarum partus ad emtorem pertinent, darf uns um so weniger irre machen, da nicht einmal die Leseart außer Zweifel[69]), und noch erst die Frage ist, ob diese Stelle ohne Zusatz und unverfälscht auf uns gekommen sey. Mit Recht ist daher jene Meinung schon von Wissenbach[70]) verworfen, und noch ausführlicher von Peter Müller[71]) widerlegt worden. Vielleicht sollen auch die Worte: *si pretium numeratum sit*, nur auf die der Früchte wegen anzustellende Klage hindeuten, wie Westphal[72]) nicht ohne Grund annimmt, weil die actio emti nur unter dieser Bedingung mit Wirkung angestellt werden kann. b) In Rücksicht der bürgerlichen Früchte ist wieder zu unterscheiden, ob sie in Pacht- oder Miethzinsen oder in anderen Prästationen und jährlichen Gefällen bestehen. Bei den bürgerlichen Früchten der ersteren Art kommt es wieder darauf an, ob die Sache eine solche ist, die man jeden Augenblick nutzen kann, wie z. B. Häuser, Pferde u. dgl. oder ob sie nur zu gewissen Zeiten des Jahrs Früchte hervorbringt, wofür das Pachtgeld bezahlt wird, wie z. B.

69) Einige Handschriften lesen: *Si pars pretii numerata sit.* S. Hugo ius civile Antejust. Tom. I. pag. 121.

70) Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXXVII. Th. 9.

71) Ad *Struvium* Exercitat. XXIII. Th. 103. not. β.

72) Vom Kauf. §. 590.

Aecker, Wiesen, Weinberge. In jenem Falle wird der Miethzins nach dem Verhältniß der Zeit getheilt. Bis zur Perfection des Contracs gebührt er dem Verkäufer, nachher aber dem Käufer[73]). In dem letzteren Falle aber ist darauf zu sehen, ob der Contract noch vor der Ernte zu Stande kam, oder erst nach der Ernte. Nur in dem ersteren Falle gehört das Pachtgeld dem Käufer, in dem letzteren aber behält es der Verkäufer, wofern nicht ein Anderes verabredet worden ist[74]). Denn das Pachtgeld ist

73) Arg. *L.* 26. *D. de Usufr.* *L.* 13. §. 13. *D. de act. Emti et Vend.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 103. not. 6 und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1 §. 24.

74) So ist die *L.* 13. §. 11. *D. de act. emti et vend.* zu verstehen, wo Ulpian sagt: Si in locatis ager fuit, *pensiones utique ei cedent, qui locaverat.* Idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Anderer Meinung sind zwar *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXV. cap. 31. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXVIII. Th. 9. Sie glauben aus diesem Gesetz erweisen zu können, daß, wenn das verkaufte Grundstück verpachtet sey, der Pachtzins immer dem Verkäufer bleibe, wofern nicht ein Anderes verabredet wurde. Ihr Grund ist, weil der Käufer nicht schuldig sey, den Pacht zu halten. Nur bei dem Käufer eines fiskalischen Guts soll eine Ausnahme Statt finden. *L. ult. D. de iure fisci.* Allein schon VOORDA ad *Iani a* COSTA Praelect. ab illustr. quosd. Titulos iur. civ. pag. 337. sq. hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Offenbar kann jene Stelle nur von solchen Pachtzinsen verstanden werden, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon fällig waren, wenn sie nicht anderen bereits angeführten Stellen widersprechen soll, wie auch *Ant.* FABER Conjectur. iur. c

als ein Surrogat der natürlichen Früchte zu betrachten[75]). Ist von anderen jährlichen Gefällen die Rede, so waren diese

Lib. 1. Cap. 13. gezeigt hat. Der Grund, welchen Cujaz und Schulting von dem Rechte des Käufers, den Pächter zu vertreiben, hernehmen, ist höchst sonderbar. Dieses Recht kann doch der Käufer nicht vor der Uebergabe ausüben. Kann man ihm nun deswegen die Früchte von der Zeit des perfect gewordenen Contracts an nicht versagen, wenn die Sache nicht verpachtet worden wäre, warum den Pachtzins, der an die Stelle der natürlichen Früchte tritt? Mit mir erklären diese Stelle auch so die meisten Rechtsgelehrten. S. Struv Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 103. und Westphal vom Kauf §. 591. Man könnte zwar auch mit *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 9. in fin. sagen, Ulpian habe hier gar nicht entscheiden wollen, wem der Pachtzins gehöre, sondern nur, wer ihn erheben könne. Dieses Recht steht nun zwar freilich blos dem Verkäufer zu, jedoch hindert dieß nicht, daß er den erhobenen Pachtzins, soweit er erst nach abgeschlossenem Kaufe fällig ward, dem Käufer restituiren müsse, oder ihm die Klage gegen den Pächter cediren könne. Auf eben diese Art glauben auch Noodt in Comm. ad Dig. pag. 415. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 22. die Schwierigkeit lösen zu können. Allein dagegen hat *Ge.* Frantzke in Comm. ad Pand. Tit. de action. emti et vend. nr. 243. schon mit Recht erinnert, daß diese Erklärung mit den Worten: *nisi si quid nominatim convenisse proponatur*, nicht wohl zu vereinigen sey. Wozu bedürfte es denn eines besonderen Vertrags, wenn der Verkäufer schon von selbst nach gemeinem Rechte zur Restitution oder Cession verpflichtet wäre? Es muß also doch wohl die Meinung des Ulpian gewesen seyn, daß in dem Falle, von welchem er spricht, ohne Vertrag, der Pachtzins dem Verkäufer unwiderruflich gehöre. Summa igitur *de fructibus civilibus* haec regula esto, sagt mit Recht Voorda a. a. O. *Fructus civiles, ex re vendita ante traditionem provenientes,*

entweder schon vor der Perfection des Contracts verfal-
len, oder sie sind erst nachher fällig geworden. Hier er-
hält sie der Käufer, dort aber gehören sie dem Verkäu-
fer. Man kann hier die an einem andern Orte[76]) von der Vertheilung der Früchte bei der Endigung des Nieß-
brauchs zwischen dem Proprietar und den Erben des Usu-
fructuars vorgetragenen Grundsätze vollkommen anwenden. So wie nun also der Käufer von der Zeit an, wo der Handel zur Richtigkeit gekommen ist, alle Vortheile der Sache hat, nicht anders, als ob er schon Eigenthümer der-
selben wäre, so muß er aber auch II. von der Zeit an billig alle auf der Sache haftende Lasten und zu bezah-
lenden Abgaben übernehmen, und die Kosten tragen, welche der Verkäufer zur Erhaltung der Sache oder sonst zum Nutzen des Käufers in gutem Glauben verwendet hat[77]). Hat der Verkäufer nach dem Contracte durch die verkaufte Sache selbst Schaden gelitten, z. B. der verkaufte Sklave hat den Verkäufer bestohlen, so muß auch dieser Schade von dem Käufer ersetzt werden, und es steht dem Verkäufer deshalb auch ein Retentionsrecht zu[78]).

toties praestandi sunt emtori, quoties, si res non fuisset locata, eiusdem temporis fructus naturales, quorum in cum succedunt, emtorem sequerentur.

75) *L.* 50. *D. de iure fisci. L.* 58. *pr. D. de Usufr.*

76) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 637. c. S. 32[illegible]

77) *L.* 13. *L.* 16. *Cod. de act. emti et vend. L.* 13. §. [illegible] *D. eodem. L.* 2. *Cod. de annona et tribut.* S. den [illegible] Th. dieses Commentars §. 987. S. 146.

78) *L.* 30. *pr. D. de act. emti et vend.* Westphal Kauf §. 604.

Lib. XVIII. Tit. VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

§. 1039.

Verträge beim Verkaufe der römischen Sklaven.

Bei dem Verkaufe der römischen Sklaven pflegten mancherlei Verträge angehängt zu werden, welche dem verkauften Sklaven entweder zum Nutzen oder zur Strafe dienen sollten. Zu den Verträgen der ersteren Art gehörte zum Beispiel der, daß der verkaufte Sklave nach einer bestimmten Zeit manumittirt werden solle; ferner, daß die verkaufte Sklavin nicht prostituirt, das heißt, nicht zur Hure gemacht werden solle. Die Wirkung jenes Vertrags war, daß, wenn die Freilassung nicht dem Vertrage gemäß erfolgte, der Kauf deswegen zwar nicht ungiltig, allein der Sklave nach einer gewissen Verordnung des Kaisers Marcus Aurelius Antoninus ipso iure als frei anzusehen war. Nach einer älteren Verordnung des Kaisers Hadrian war es zwar anders; und Cervidius Scävola, welcher als Rath des Kaisers Marcus[79]) unstreitig auch wohl die Verordnung seines Sou-

79) Capitolinus in vita Marci. Cap. 11.

veräns kannte, glaubte, jene ältere Constitution sey wenigstens in dem Falle nicht aufgehoben, wenn in dem Kaufe, ohne die ausdrückliche Bedingung der Manumission, bloß ausgemacht worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frei seyn sollte[80]). Hier werde der Sklave anders nicht vollkommen frei, als wenn noch die Manumission hinzukomme. Allein Claudius Tryphoninus widersprach ihm, weil dieser Fall allerdings in dem Sinne der Verordnung des Krs. Marcus mit begriffen sey, wenn gleich die Worte derselben nicht ausdrücklich darauf gingen. Man überzeuge sich hievon durch folgende Stelle, welche aus des Scävola 7. Buche der Digesten genommen ist:

L. ult. D. h. t. Cum venderet Pamphilam et Stichum, venditioni inseruit pactum conventum: *uti ne eadem mancipia, Pamphila et Stichus, quos minorato pretio vendidit, alterius servitutem, quam Seji, paterentur, post mortemque eius in libertate morarentur.* Quaesitum est, an haec mancipia, de quibus inter emtorem et venditorem convenit, post mortem emtoris iure ipso liberata sint? Respondit, secundum constitutionem *Divi Hadriani* super hoc prolatam, Pamphilam et Stichum, de quibus quaereretur, si manumissi non sint, liberos non esse. CLAUDIUS: *Divus Marcus* ex lege dicta libertatis in vendendo, quamvis non manumissos, fore

80) S. CUJACIUS Observat. Lib. X. cap. 21. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIV. cap. 4. hat ihn zwar zu widerlegen gesucht, allein man sehe Westphal vom Kauf §. 648. Dem Cujaz ist auch POTHIER in Pand. Iustinian. T. III. Lib. XL. Tit. 8. Nr. XII. not. i. beigetreten.

liberos, in Semestribus constituit, licet in mortis tempus emtoris distulit venditor libertatem.

Peter Perrenonius[81]) will jedoch keinen Widerspruch zwischen Scävola und Tryphonin zugeben, sondern glaubt, daß es hier auf den Unterschied zwischen liberum esse und in libertate morari ankomme. In dem Vertrage, über welchen Scävola entscheidet, sey nicht gesagt worden, daß der Sklave nach dem Tode des Käufers frei seyn, sondern nur in der Freiheit leben solle. Beides sey nach Quinctilian[82]) so sehr verschieden, als servum esse und in servitute vivere. Mit Recht sage also Scävola, daß der Sklave, der nach dem Tode des Käufers nur in der Freiheit leben solle, nicht anders vollkommen frei werde, als wenn er noch manumittirt worden sey. Damit habe er aber keinesweges geläugnet, daß nach der Constitution des *Divus Marcus* der Sklave ohne Manumission, und also ipso iure frei werde, wenn in dem Vertrage ausgemacht worden, daß derselbe nach dem Tode des Käufers frei seyn solle. Dieß sey es, was Tryphonin nur noch habe hinzufügen wollen. Ich würde dem Perrenonius Recht geben, wenn nur nicht die Worte: *etiam non manumissos fore liberos*, und was noch zuletzt hinzugefügt wurde, *licet in mortis tempus emtoris venditor distulit libertatem* so deutlich bewiesen, daß Tryphonin von dem nämlichen Falle rede, welchen Scävola entschieden hat. Merkwürdig ist es freilich, daß Scävola der Constitution des Kaisers Marcus nir-

81) Animadversion. Lib. I. cap. 22. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 619.)

82) *Declamat.* 340. u. 342.

gends gedenkt. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß er des Rescripts nur etwa in seinen Digesten nicht gedacht, wohl aber in seinen Quästionen desselben Erwähnung gethan habe. Denn in der *L.* 11. §. 1. *D. de minorib.* führt Ulpian zwar den Scävola *libro* 14. *Quaestionum* an, allein man sieht daraus nur, daß Scävola von demselben Falle, nicht aber von der gedachten Constitution geredet habe. Jacob Rävard[83]) will daher behaupten, Scävola habe die Constitution des Kaisers Marcus nicht mehr erlebt. Allein Scävola nennt ja den Kaiser Marcus Antoninus in der *L.* 39. *D. de legat. III.* **Divus.** Dieses Elogium wurde keinem lebenden Kaiser beigelegt. Vielmehr sagt Tacitus[84]): **Deum honor Principi non ante habetur, quam agere inter homines desierit.** Er muß also den Kr. Marcus noch überlebt haben. Vielleicht läßt sich die Schwierigkeit mit Johann Ludwig Conradi[85]) auf folgende Art am leichtesten heben: Die *L. ult. D. h. t.* ist aus dem 7. Buche der Digesten des Scävola entlehnt. Es erhellt aber aus *L.* 29. *D. de probat.* und deren Inscription, daß noch der Kaiser Lucius Verus gelebt habe, als Scävola das 9. Buch seiner Digesten schrieb. Nun rescribirte erst nach dem Tode dieses Kaisers Marcus Aurelius mit seinem Sohne Commodus in den **Semestribus.** Wie konnte also Scävola

83) Varior. Lib. I. cap. 13.

84) *Lib. XV. Annal. Cap.* 74. *in fine.* S. auch Herodianus *Princip. libri IV. Histor.*

85) Dissertat. histor. critica I. de vita et scriptis Quinti Cervidii Scaevolae ICti. *Lipsiae* 1755. Cap. II. pag. 15. sq.

in seinem weit früher ertheilten Gutachten auf das Rescript dieser Kaiser Rücksicht nehmen? Nachher hat Scävola seine Meinung nicht mehr ändern mögen, weil ihm die Verordnung des Hadrian mehr auf seinen Fall zu passen schien, als die Constitution des Kaisers Marcus. Dieß hat denn dem Claudius Tryphoninus, welcher anderer Meinung war, Gelegenheit gegeben zu der dem Scävola beigefügten Note. Höchst unwahrscheinlich ist dagegen die Meinung des Jacob Constantinäus[86]), ob sie gleich auch Joseph Fernandez De Retes[87]) zu vertheidigen sucht, daß man zwei Constitutionen des Kaisers Marcus unterscheiden müsse. Die eine, der Zeit nach ältere, an den Aufidius Victorinus, habe von dem Falle gehandelt, wenn ein Sclave unter der Bedingung verkauft worden sey, daß ihn der Käufer binnen einer gewissen Zeit manumittiren solle. Die andere, der Zeit nach jüngere, sey in den Semestribus erlassen, und habe den Fall betroffen, wenn der Kauf unter der Bedingung geschlossen worden, daß der Sclave binnen einer gewissen Zeit frei sein sollte, ohne jedoch dabei der Manumission ausdrücklich zu gedenken. Jene habe Scävola Lib. XIV. Quaestionum berührt, wie aus *L.* 11. §. 1. *D. de minorib.* erhelle. Diese aber habe er nicht mehr erlebt. Denn sonst wäre kein Grund abzusehen, warum er sie nicht auch angeführt hätte. Allein diese Conjectur läßt sich nicht erweisen. Die *L.* 3. *Cod.*

86) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 17. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 513. sq.)

87) Opusculor. Libr. IV. sive uberior. Notae ad notas Claudii affixas Digestor. et Responsor. libb. Scaevolae. ad L. ult. D. de Servis export. (Tom. VI. *Thes. Meerm.* p. 197.)

Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittatur, worauf er sich beruft, unterstützt sie wenigstens nicht. Hier wendet Kaiser Alexander die Constitution der Kaiser Marcus und Commodus blos auf einen gewissen Fall an, wobei vermuthlich über deren Anwendbarkeit gestritten worden war, wie aus folgenden Worten derselben erhellt: **Si Iusta Saturnino puellam nomine Firmam, agentem tunc annos septem, hac lege vendiderit, *ut, cum haberet annos viginti quinque, libera esset*: quamvis factum ab emtore praestandae libertatis pacto non sit insertum, sed ut libera esset, expressum, tamen constitutioni Divorum *Marci* et *Commodi* in Semestribus scriptae locus est: ideoque impleto vicesimo quinto anno Firma libera facta est. Nec obest ei, quod vicesimo septimo anno manumissa est, quae iam ex constitutione libera erat.**

War dem Verkaufe eines Sclaven die Bedingung beigefügt, daß ihn der Käufer manumittiren solle, und auf den Fall der Nichterfüllung eine Geldstrafe stipulirt worden, so war dieselbe unnütz. Denn da hier das Gesetz die Handlung des Käufers ergänzte, wenn auch die Manumission von dem Verkäufer nicht geschah, mithin der Sclave auf jeden Falle frei wurde, wenn nur der Verkäufer vor Ablauf der bestimmten Zeit seinen Willen nicht wieder geändert hatte, so konnte man hier nicht sagen, der Käufer habe sein gegebenes Wort gebrochen. Dieß ist, der Verordnung der Kaiser Marcus und Commodus gemäß, von den Kaisern Diocletian und Maximian rescribirt worden, wie aus *L. ult. Cod. Si man-*

cip. ita fuerit alienatum etc.[88]) erhellt. Anders respondirte zwar Scävola in seinen Digesten, woraus die *L.* 122. §. 2. *D. de verbor. obligat.* entlehnt worden ist. Allein da diese Stelle aus dem 28. Buch der Digesten des Scävola genommen ist, welches Buch dieser römische Jurist unter dem Kaiser Commodus schrieb, also zu einer Zeit, wo ihm die Verordnung des Kaisers Marcus nicht unbekannt seyn konnte, so kann man hier sein Stillschweigen wohl nicht anders erklären, als damit, daß diese Verordnung ausdrücklich nur von Sclaven handelte, die unter der Bedingung der Manumission verkauft worden waren; der Fall aber, welchen Scävola hier entscheidet, einen solchen Sclaven betroffen habe, welcher der Manumission wegen geschenkt worden war, wie Retes[89]) auch ganz richtig bemerkt hat. Eben dieser Meinung war auch schon vor ihm Cujazius[90]). Daß jedoch die in der Schenkung bedungene Art der manumissio per vindictam Einfluß auf die Entscheidung des Scävola gehabt haben sollte, wie Alciat, Duaren und Donellus[91]) behaupten wollen, ist darum nicht glaublich, weil die Constitution des Kaisers Marcus von jeder Art der Manumission ohne Ausnahme spricht. Daher verwirft Hubert

88) Man sehe über dieses Gesetz vorzüglich Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. d. et e. pag. 514.

89) Opuscul. cit. Lib. IV. ad L. ult. D. de servis export. nr. 6. pag. 197.

90) Observation. Lib. I. cap. 29.

91) In ihren Commentaren über den Tit. de Verbor. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t.

Siphan[92]) diese Meinung mit Recht. Es hatte jedoch schon der Kaiser Alexander die Constitution des Kaisers Marcus auch auf geschenkte Sclaven ausgedehnt. *L.* 1. *Cod. Si mancip. ita fuerit alienat.* etc.

War dem Verkauf einer Sclavin der Vertrag angehängt worden, ne prostituatur, und sie wurde dennoch, dem Vertrage zuwider, der Hurerei Preis gegeben, so kam es darauf an, ob auf diesen Fall die Freiwerdung der Sclavin oder die eigenmächtige Zurücknahme derselben (manus iniectio, seu abducendi potestas) ausgemacht worden war[93]). Hatte sich der Käufer beim anderweiten Verkaufe der Sclavin dieselbe Bedingung ausgemacht, so ging im Falle der Contravention der erste Verkäufer (qui auctor fuit legis) dem zweiten vor[94]). Es konnte überdem auch eine Conventionalstrafe Statt finden[95]).

Zu den Verträgen, die dem verkauften Sclaven zur Strafe dienen sollten, gehörte z. B. der, daß der Sclave nicht manumittirt, oder daß derselbe exportirt werden sollte. Das pactum, *ne servus manumitteretur*, ließ jedoch keine Conventionalstrafe auf den Contraventionsfall zu, sondern die demselben zuwider unternommene Manumission war ungiltig[96]). Denn da die Freilassung ohne

92) Lecturae Altorphin. in Tit. 1. Lib. XLV. Dig. de Verb. obligat. ad L. 122. §. 2. D. h. t. pag. 966.

93) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Si mancipium ita venierit, ne prostituatur.* S. Westphal vom Kauf §. 753. u. §. 756.

94) *L.* 9. *D. de Servis exportand.* S. Westphal §. 651.

95) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Westphal §. 650.

Effect war, so konnte der Fall der vorbehaltenen Strafe gar nicht eintreten. Daher sagt Papinian *L. 6. pr. D. h. t.*: Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, *ne manumitteretur*, exceptum est. *Nam incredibile est, de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii* (i. e. manumissionis) *cogitatum*. In Absicht auf das andere pactum, *ut servus exportetur*, konnte ausgemacht werden, daß sich der Sclave nicht in der Stadt aufhalten dürfe, wo sein Herr wohnte. Diese Ausschließung begriff denn auch die Entfernung desselben aus Rom in sich, nam Roma communis omnium in orbe Rom. viventium patria censebatur. War im Vertrag ausgemacht worden, daß sich der Sclave nicht in einer bestimmten Provinz aufhalten solle, so war auch die Ausschließung aus Italien mit darunter begriffen [97]). Wurde nun in dem einen oder anderen Falle der Bedingung entgegen gehandelt, so konnte sich der Verkäufer entweder des Sclaven wieder bemächtigen, oder auf eine Geldstrafe klagen, je nachdem entweder das Eine oder das Andere auf den Contraventionsfall ausdrücklich stipulirt worden war. Jedoch fiel in dem letzteren Falle der Sclave dem Fiskus anheim [98]). War keine Geldstrafe stipulirt, sondern blos durch ein pactum adjectum verspro-

96) *L. 5. Cod. Si mancip. ita fuerit alienatum, ut manumittatur. L. ult. Cod. Qui non poss. ad libertatem pervenire. L. 4. §. 9. L. 9. D. de manumission.* Westphal vom Kauf §. 752.

97) *L. 5. Cod. Si servus exportand. ven.*

98) *L. 2. Cod. eodem.*

chen worden, so entstand die Frage, ob nicht auch actione venditi geklagt werden könne? Papinian war Anfangs der verneinenden Meinung, weil eine actio bonae fidei nicht auf Befriedigung einer blosen Rache gehen dürfe. Er nahm nur den Fall aus, wenn der Verkäufer selbst auf den Fall der nicht erfolgenden Exportation eine Geldstrafe an Jemanden zu bezahlen sich verbindlich gemacht hätte. Denn nun gelte es nicht mehr der Befriedigung einer blosen Rache, sondern der Abwendung einer eigenen, sonst zu befürchtenden Geldstrafe. Eben so könne die auf den entgegengesetzten Fall, nämlich *ne servus poenae causa exportaretur*, bedungene Geldstrafe ohne allen Zweifel mit der actio venditi gefordert werden. *Cum beneficio adfici hominem, interest hominis. Enim vero poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet.* So dachte Papinian im 10. Buche seiner Quästionen, woraus die *L. 7. D. h. t.* genommen ist. Er änderte aber seine Meinung nachher wieder in der *L.* 6. §. 1. *D. eodem.*, welche aus dem 27. Buche seiner Quästionen entlehnt ist. Hier sagt er freimüthig, er sey zwar ehemals anderer Meinung gewesen, allein nun nehme er die Meinung des Sabinus an, welcher ihn vom Gegentheile durch den Grund überzeugt habe, daß ja der Käufer, welcher sich eine solche Bedingung gefallen hat lassen, deshalb auch ein geringeres Kaufgeld bezahlt habe. Der Verkäufer habe daher allemal ein pecuniäres Interesse, indem er für den Sclaven mehr bekommen hätte, wenn jene Bedingung nicht beigefügt worden wäre. Die auf den Contraventionsfall bedungene Strafe ergänze also gleichsam das Kaufgeld, und sey als ein Theil desselben

anzusehen[99]). Ein nachahmungswürdiges Beispiel einer bescheidenen Retractation, welches uns hier einer der größten Rechtsgelehrten, die je gelebt hatten, hinterlassen hat[100]). Es ist der Mühe werth, den Papinian selbst reden zu lassen. **Si quid emtor, contra quem lege venditionis cautum est, fecisset aut non fecisset:** ***nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quia poenam promisisset:*** **caeterum viro bono non convenire, credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset.** ***Sed in contrarium me vocat*** SABINI ***sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.*** Man hat den Tribonian deshalb tadeln wollen, daß er beide Stellen aus den Quästionen des Papinian in seine Pandecten, und zwar in der sonderbaren Ordnung aufgenommen, daß er die Retractation der älteren, von Papinian widerrufenen Meinung habe voraussehen lassen. Eberhard Otto[1]) glaubt gar, es stecke in arcanum dahinter. **Quo magis enim verba L.**

99) POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. not. a. pag. 515. Westphal vom Kauf. §. 652.

100) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. I. cap. 9. *Ant.* MORNACIUS Observat. ad Dig. p. 469. *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. XI. *Ev.* OTTO Papinianus Cap. XV. §. 5. et 6. und *Io. Sal.* BRUNQUELL Prolus. de retractationibus veterum ICtor. quorum fragmenta in Digestis supersunt. §. 7. in *Opuscul.* pag. 351. sq.

1) Cit. vita Papiniani Cap. XV. §. 6. init.

ult. §. 3. *Cod. de furtis* perpendo, sagt er, eo verisimilius mihi videtur, IUSTINIANUM inconstantiae et oblivionis notam tacite impingere voluisse PAPINIANO, quod *in eodem opere Quaestionum* mutaverit sententiam, nec deleverit et omiserit, quod in commentariis prioribus erronee scriptum esse agnoscebat. Allein ich kann ihm hierin nicht Recht geben, sondern glaube vielmehr, daß Tribonian die Stelle aus Papinians Quästionen, welche die erstere Meinung dieses Rechtsgelehrten enthielt, zur Erläuterung der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* beigefügt habe, um beide Stellen mit einander vergleichen zu können, weil aus der *L.* 6. nicht deutlich zu ersehen ist, von welcher Lex venditionis eigentlich die Rede war, bei der Papinian seine Meinung geändert habe[2]).

2) S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 6. §. 1. et L. 7. D. h. t. pag. 691. sq.

Lib. XIX. Tit. I.

De actionibus emti et venditi.

§. 1040.

Klagen aus dem Kaufcontract.

Um die aus dem Kaufcontract entspringenden gegenseitigen Ansprüche geltend zu machen, gibt es zweierlei von dem Contracte benannte Klagen, nämlich die **actio emti** und die **actio venditi**. Jene wird auch **actio ex emto**, so wie diese **actio ex vendito** genannt[3]). Ist der Contract durch einen Bevollmächtigten, dem Auftrage gemäß geschlossen worden, so klagt derjenige, auf dessen Auftrag die Sache gekauft worden ist, *actione emti utili.* Diese actio utilis steht auch dem Käufer gegen den Eigenthümer ad exemplum institoriae actionis zu, wenn dessen Sache durch einen Bevollmächtigten verkauft worden ist; der Eigenthümer aber, dessen Sachen von dem Mandatar, dem erhaltenen Auftrage gemäß, verkauft worden ist, stellt *utilem ex vendito actionem* gegen den Käufer an[4]). War der Contract mittelst ei-

3) *L.* 13. §. 8. *et* §. 19. *D. h. t.* *L.* 26. *et L.* 66. §. 2. *D. de eviction.* Die actio venditi wird auch *actio pretii* genannt. *L.* 7. *C. h. t.* *L.* 9. *Cod. de contrah. emtione.*

4) *L.* 13. §. 25. *D. h. t.* Si procurator vendiderit, et caverit emtori: quaeritur an domino vel adversus domi-

ner Stipulation geschlossen worden, so konnte der Römer auch *actione ex stipulatu* klagen, doch war damit die Contractsklage nicht ausgeschlossen, wo diese als actio bonae fidei vortheilhafter war [5]). Zuweilen geht die Klage aus dem Contracte gar nur dahin, daß der Beklagte sich erkläre, ob er den Contract halten oder davon wieder abgehen wolle. Dieß ist der Fall, wenn der Handel durch Betrug veranlaßt worden ist. Denn der Betrüger kann nicht schlechthin auf die Erfüllung des Contracts klagen. Ulpian sagt *L.* 13. §. 27. *et* 28. *D. h. t.* **Si quis, colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex emto? Et puto, hactenus,**

num actio dari debeat? Et Papinianus Libro 3. Responsorum putat *cum domino ex emto agi posse utili actione*, ad exemplum insitoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, *utilem ex emto actionem domino competere. Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 4. in fin. bemerkt hierbei, daß man statt *utilem ex emto actionem* domino competere, vielmehr *utilem ex vendito actionem* lesen müsse. Allein es ist nichts Seltenes, daß die Benennungen actio emti und venditi in den Gesetzen verwechselt werden. S. z. B. *L.* 66. *D. de eviction. L.* 66. §. 2. *D. eodem. L.* 11. *Cod. de pact. L. un. Cod. Si servus extero se emti mandav.* Es ist daher in der *L.* 13. §. 25. *D. cit.* nichts zu ändern, wie auch *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LXVIII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. erinnert haben.

5) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Vergleicht man jedoch damit die *L.* 4. *D. de Usuris*, so scheinen Pomponius und Papinian verschiedener Meinung gewesen zu seyn. S. HUBER Eunomia Rom. ad L. 3. §. 1. D. h. t. pag. 693.

aut stetur emtioni, aut discedatur. Sed et
quis minorem viginti quinque annis circumvene-
:, et huic hactenus dabimus actionem ex emto,
diximus in superiore casu [6]).

§. 1041.

Actio emti.

Die *actio emti* oder *ex emto* steht nun dem Käu-
zu, er mag die Sache mit eigenem oder fremden Gelde
'auft haben [7]). Sie wird gegen den Verkäufer an-
tellt, und geht auf Erfüllung der sowohl aus dem Con-
ct entspringenden, als durch besondere Verträge be-
indeten Verpflichtungen desselben. Worin die Verbind-
keiten des Verkäufers bestehen, welche ihm die Natur
Contracts auflegt, ist schon an einem anderen Orte [8])
'agt worden. Der Käufer kann sich aber auch durch
benverabredungen Manches ausbedungen haben, wo-
if die actio emti gerichtet werden kann. Pompo-
is deutet auf Beides hin, wenn er *L. 66. pr. D. de*
ntrah. emt. sagt: In vendendo fundo quaedam,
amsi non condicantur, praestanda sunt; veluti
fundus evincatur, aut *ususfructus eius*: quae-
m ita demum, *si dicta sint*; veluti *viam*, *iter*,
tum, *aquae ductum praestatu iri*: idem et in ser-
utibus urbanorum praediorum. Daß der Verkäu-
dem Käufer für die Entwährung der Sache oder der
tzung derselben haften müsse, versteht sich von selbst.

S. Westphal vom Kauf §. 778. und 824.

L. 8. *Cod. Si quis alteri vel sibi.*

S. den 16. Th. dieses Commentars §§. 983. 984. u. 985.

Allein daß sich gewisse Activ-Servituten bei dem ver- kauften Grundstücke befinden, kann der Käufer anders nicht verlangen, als wenn sie ihm von dem Verkäufer besonders versprochen worden sind. Ausserdem gehört noch hieher, was Ulpian *L.* 11. *D. h. t.* sagt: *Ex empto actione* is, qui emit, utitur. Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, *quod praestari convenit.* Cum enim sit bonae fidei iudicium, *nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est:* quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, *quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

Ist dieselbe Sache Mehreren verkauft worden, so haben sie solche entweder gemeinschaftlich gekauft, oder nicht. In dem ersteren Falle kann keiner derselben bloß seinen Antheil am Kaufgelde bezahlen und dagegen die Uebergabe der Sache verlangen wollen, sondern sie müssen entweder alle zusammen klagen, oder, wenn einer von ihnen allein klagen will, so muß er das ganze Kaufgeld bezahlen und sich überdem zur verlangten Uebergabe durch Vollmacht des anderen Mitkäufers legitimiren [9]). So ist es auch, wenn der Käufer vor der Uebergabe gestorben ist und mehrere Erben hinterlassen hat. Dieß lehrt Labeo *L.* 78. §. 2. *D. de contrah. emt.* Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur possessio, duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem fami[...]

9) *L.* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto.* Voet Comm. ad h. t. §. 1. und Westphal vom Kauf. §. 882. u. 883.

reiscundae iudicio servabit: *nec, si partem solvat, ex emto cum venditore aget;* quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit. Haben nicht Mehrere die Sache gemeinschaftlich gekauft, sondern sie ist Mehreren besonders verkauft worden, so ist dieß entweder zu verschiedener Zeit, oder es ist zu gleicher Zeit geschehen. In jenem Falle geht, so lange noch keinem der verschiedenen Käufer die Sache übergeben worden ist, der erste Käufer dem zweiten Käufer vor. Es gilt hier die Regel: in pari causa qui prior tempore, est potior iure [10]). Wäre aber die Sache dem zweiten Käufer tradirt worden, so hat dieser ein stärkeres Recht, und der erste Käufer kann hier blos actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Denn vor der Uebergabe blieb der Verkäufer noch Eigenthümer, er konnte daher die Sache einem Anderen verkaufen und diesem das Eigenthum übertragen. Hieran lassen uns folgende Gesetze nicht zweifeln:

L. 15. *Cod. de Rei vindicat.* Quoties duobus in solidum [11]) praedium iure distrahitur [12]), ma-

10) S. *Io. Henr.* Boetticher Diss. de eo qui in emtione potior. *Helmst.* 1687. und. *Phil. Lud.* Beck Diss. de eo, quod iustum est circa rem duobus vel pluribus seorsim venditam. *Altorfii* 1747. Westphal vom Kauf §. 579.

11) Man ist nicht einig, von welchem Falle eigentlich diese Worte zu verstehen sind. *Iac.* Cujacius Observation. Lib. XVIII. cap. 31. versteht sie, wie die meisten Rechtsgelehrten, von dem Falle, wo Mehreren die nämliche Sache zu verschiedenen Zeiten verkauft worden ist. Anton Faber hingegen tadelt deshalb den Cujaz in seinen Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVI. Err. 1. und erklärt das Gesetz von dem Falle,

Allein daß sich gewisse Activ-Servituten bei dem verkauften Grundstücke befinden, kann der Käufer anders nicht verlangen, als wenn sie ihm von dem Verkäufer besonders versprochen worden sind. Ausserdem gehört noch hieher, was Ulpian *L.* 11. *D. h. t.* sagt: *Ex emto actione* is, qui emit, utitur. Et in primis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, *quod praestari convenit.* Cum enim sit bonae fidei iudicium, *nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est:* quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, *quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

Ist dieselbe Sache Mehreren verkauft worden, so haben sie solche entweder gemeinschaftlich gekauft, oder nicht. In dem ersteren Falle kann keiner derselben blos seinen Antheil am Kaufgelde bezahlen und dagegen die Uebergabe der Sache verlangen wollen, sondern sie müssen entweder alle zusammen klagen, oder, wenn einer von ihnen allein klagen will, so muß er das ganze Kaufgeld bezahlen und sich überdem zur verlangten Uebergabe durch Vollmacht des anderen Mitkäufers legitimiren [9]). So ist es auch, wenn der Käufer vor der Uebergabe gestorben ist und mehrere Erben hinterlassen hat. Dieß lehrt Labeo *L.* 78. §. 2. *D. de contrah. emt.* **Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae**

9) *L.* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Westphal vom Kauf. §. 882. u. 883.

:eiscundae iudicio servabit: *nec, si partem solvat, x emto cum venditore aget;* quoniam ita contra-um aes alienum dividi non potuit. Haben nicht lehrere die Sache gemeinschaftlich gekauft, sondern sie Mehreren besonders verkauft worden, so ist dieß entwe-er zu verschiedener Zeit, oder es ist zu gleicher eit geschehen. In jenem Falle geht, so lange noch inem der verschiedenen Käufer die Sache übergeben orden ist, der erste Käufer dem zweiten Käufer vor. :s gilt hier die Regel: in pari causa qui prior tem-ore, est potior iure [10]). Wäre aber die Sache dem veiten Käufer tradirt worden, so hat dieser ein stärke-:s Recht, und der erste Käufer kann hier blos actione mti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Denn vor der Uebergabe blieb der Verkäufer noch Eigen-hümer, er konnte daher die Sache einem Anderen ver-aufen und diesem das Eigenthum übertragen. Hieran assen uns folgende Gesetze nicht zweifeln:

L. 15. *Cod. de Rei vindicat.* Quoties duobus n solidum [11]) praedium iure distrahitur [12]), ma-

0) S. *Io. Henr.* Boetticher Diss. de eo qui in emtione potior. *Helmst.* 1687. und. *Phil. Lud.* Beck Diss. de eo, quod iustum est circa rem duobus vel pluribus seorsim venditam. *Altorfii* 1747. Westphal vom Kauf §. 579.

1) Man ist nicht einig, von welchem Falle eigentlich diese Worte zu verstehen sind. *Iac.* Cujacius Observation. Lib. XVIII. cap. 31. versteht sie, wie die meisten Rechtsgelehrten, von dem Falle, wo Mehreren die nämliche Sache zu verschiedenen Zeiten verkauft worden ist. Anton Faber hingegen ta-delt deshalb den Cujaz in seinen Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVI. Err. 1. und erklärt das Gesetz von dem Falle,

nifesti iuris est, *eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem*. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse[13]), ac pretium exsolvisse, apud praesidem provinciae probaveris:

wo Mehreren die nämliche Sache, und zwar ohne Theilung in einem Contract und zu gleicher Zeit verkauft worden ist. Von einem solchen Falle redet auch *L.* 2. *Cod. Pro Socio.* Nun hat zwar *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentar. in Cod. ad. L. 15. C. de rei vind. den Faber widerlegt. Für die Erklärung des Cujaz streitet auch die *L.* 4. *Cod. Gregoriani* de rei vindicat. (Lib. III. Tit. 3.), wo unsere *L.* 15. auf folgende Art epitomirt ist: Quoties eadem res a domino *diversis temporibus* pluribus venundatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est. (S. *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 693. et not. 6.) Allein man mag immerhin das Gesetz auch von mehreren Correis emendi verstehen, das Resultat, daß die Uebergabe ein vorzüglicheres Recht gibt, bleibt immer das nämliche.

12) Auch bei den Worten: *iure distrahitur* hat man Anstoß gefunden. Faber kann sie mit seiner Erklärung wohl vereinigen. Allein wie Cujaz? Sollte ihm nicht Paulus *L.* 21. *D. de Lege Cornelia de falsis* entgegenstehen? Cujaz will zwar das *iure* für sine dolo malo erklären, allein Faber beweist ihm, daß Beides nicht gleichviel sey. Wie könnte man auch den Verkäufer vom Dolus freisprechen, der die nämliche Sache Zweien in solidum zu verschiedenen Zeiten verkauft hat? Deswegen steht aber doch die Lex Cornelia der Rechtsbeständigkeit des Kaufs nicht entgegen, und hindert die Uebertragung des Eigenthums nicht, sondern bestraft nur den Betrug des Verkäufers. S. WISSENBACH c. l. ad L. 15. Cod. de rei vind.

13) *Ant.* FABER cit. loc. de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 4. will hier lesen: Si igitur antecedente tem-

obtentu non datorum instrumentorum[14]) expelli te a possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris reci-

pore te possessionem *tenuisse*, statt emisse. Denn darauf, daß auch der Kauf früher geschlossen seyn müsse, um vor dem andern Käufer den Vorzug zu behaupten, komme es nicht an, wenn nur die Sache dem einen von beiden zuerst übergeben worden sey. Allein eine Emendation scheint mir deswegen doch nicht nöthig zu seyn. Denn was berechtigt uns, die angeführten Worte gerade von einer früheren Schließung des Kaufs zu verstehen? Wissenbach a. a. O. sagt, die Worte *antecedente tempore* seyen so zu erklären: antequam ipsi, sc. consultrici, controversia moveretur. Allein richtiger scheint mir die Interpretation des Accursius zu seyn, welcher sie so versteht: Si igitur antecedente tempore te rem emtam per traditionem accepisse etc. Denn das Wort *possessio* soll hier wohl auf die Uebergabe hindeuten. Andere glauben, man müsse hier den Fall annehmen, wovon *L.* 9. §. 4. *D. de public. in rem. act.* rede. S. die Götting. Ausgabe das Corp. iuris civ. ad h. L. not. 75. T. II. pag. 192.

14) Daß der Käufer auch den Kaufbrief in Händen habe, ist zur Giltigkeit seines Rechts nicht erforderlich. Der Besitz desselben gibt aber auch dem Käufer kein Vorrecht vor dem zweiten, dem die Sache tradirt worden ist, wenn auch dem ersten Käufer der Kaufbrief noch vor der Uebergabe der Sache an den zweiten Käufer eingehändigt worden wäre. Anderer Meinung ist zwar Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVI. Err. 3. Allein die *L.* 1. *Cod. de donation.* entscheidet hierüber nichts. Man sehe Fried. Carl von Savigny Recht des Besitzes §. 27. S. 313. f. der 2. Auflage. *Carl Frid. Christ.* Wenck Diss. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante. *Lipsiae* 1809. Cap. III. §. 1. pag. 30. sq. und Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 484.

pere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtuum ratio habeatur [15]): cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, *eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat.*

L. 6. *Cod. de hereditate vel act. vendita.* Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, *et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit.* Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, *quanti tua interest*, praestare cogetur.

Man will jedoch verschiedene Ausnahmen Statt finden lassen [16]). Man rechnet dahin 1) wenn der erste Käuf mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche das Privilegium hat, daß sie das Eigenthum ohne Uebergabe erwirbt. Z. B. die Sache ist einer Kirche verkauft worden. Allein die *L.* 23. §. 1. *Cod. de Sacrosanct. Eccles.* sagt dieß nicht [17]). 2) Wenn die Sache

15) Es ist also hier dem Käufer, dem die Sache übergeben war, freigestellt, ob er auf seinem Rechte bestehen, oder die gekaufte Sache zurückgeben, und das Kaufgeld mit Zinsen zurückverlangen wolle. Dann muß er sich aber doch auch die genossenen Früchte anrechnen lassen, und auch die gehabten Kosten kommen in Anschlag.

16) S. Beck Diss. cit. §. 7.

17) Man s. Wissenbach Comment. in Cod. Lib. I. Tit. 2. §. 10. Ebendesselben Disputation. ad Instituta Disp. X. Th. 36. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 20. Cod. de pactis pag. 47. Westphals Syst. des röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 765. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 695. Not. 3.

dem ersten Käufer cum pacto de non alienanda re verkauft, und ihm deshalb eine Special-Hypothek bestellt worden ist. Allein dieses pactum würde zwar den Entschädigungs-Anspruch des Käufers verstärken, aber ihm keinen Vorzug vor dem zweiten Käufer geben, dem die Sache tradirt worden ist[18]). 3) Wenn der zweite Käufer gewußt hätte, daß die Sache schon vorher einem Andern verkauft worden sey. Allein daß der Dolus des zweiten Käufers dem ersten kein Recht gebe, die dem zweiten Käufer übergebene Sache selbst in Anspruch zu nehmen, hat schon Carl Ferdinand Hommel[19]) ausgeführt. Ist endlich die Sache zwei verschiedenen Personen zu gleicher Zeit verkauft worden, so haben beide ein gleiches Recht. Man setze z. B. A. trägt dem B. auf, ihm sein Haus zu verkaufen, und bedingt die Bedingungen des Contracts. B. findet auch wirklich einen Käufer, mit dem er den Kauf, seinem Auftrage gemäß, abschließt. Unterdessen findet auch A. Gelegenheit, das Haus zu verkaufen, und, in der Meinung, B werde dasselbe so geschwind nicht verkauft haben, schließt er ebenfalls einen Handel unter gleichen Bedingungen ab. Zufällig geschieht es, daß beide Contracte nicht nur an einem Tage, sondern auch sogar in einer und derselben Stunde zu Stande kommen. Beide Käufer verlangen nun das Haus. Da Mandans und Mandatarius in Rücksicht des hier geschlossenen Handels wie eine Person anzusehen sind, so sind beide Contracte in gleichem Grade giltig, und das

18) S. Hertius Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.

19) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 883.

Recht der beiden Käufer steht hier gegen einander in einem so genauen Gleichgewichte, daß ohne offenbare Verletzung keinem ein Vorzug vor dem andern zugesprochen werden kann. Es ist also der Willkühr der Käufer anheimzustellen, ob sie die Sache gemeinschaftlich in Besitz nehmen, oder durchs Loos unter sich ausmachen wollen, wer die Sache von beiden allein haben solle. Dem verlierenden Theile bleibt dann blos der Regreß gegen den Verkäufer wegen der Entschädigung übrig[20]).

Hat sich der Verkäufer entweder mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Schuld ausser Stand gesetzt, die Sache dem Käufer zu übergeben, so kann gegen ihn mit der actio emti auf das Interesse geklagt werden[21]). Dieses kann zuweilen den Werth der Sache übersteigen[22]). Ob deshalb das iuramentum in litem Statt finde, ist schon an einem anderen Orte[23]) ausgeführt worden. Säumte der Verkäufer mit der Uebergabe, so kann der Käufer auf den höchsten Werth klagen, den die Sache seit der Zeit, wo sie hätte tradirt werden sollen, bis zur Zeit der Verurtheilung des Verkäufers hatte[24]). Mit der actio emti kann auch auf die Aufhebung des Han-

20) Ein solcher Fall kommt in Hymmens Beiträgen zur jurist. Literatur in den preuß. Staaten 5. Samml. S. 141. ff. vor.

21) *L.* 11. §. 9. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* *L.* 4. *Cod. eodem.* *L.* 10. *C. eod.*

22) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

23) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 416.

24) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.* S. den 13. Th. dieses Commentars §. 844. S. 290. ff. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXXXI. not. a.

dels geklagt werden, wenn ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist[25]). Zuweilen geht die Klage nur auf Restitution des Kaufgeldes. Z. B. der Legatar kauft die Sache, welche ihm von dem Erblasser unter einer Bedingung vermacht worden ist, pendente conditione unwissend von dem Erben. Da der Erbe bis zur Existenz der Bedingung Eigenthümer bleibt, so läßt sich die Giltigkeit des Kaufs nicht bezweifeln. Allein tritt nachher die Bedingung ein, so wird der Kauf resolvirt, als ob er nie geschlossen worden wäre[26]). Es muß daher dem Käufer das Kaufgeld zurückgegeben werden, weil er sonst die Sache nicht als ein Legat hätte[27]).

Endlich kann die Klage auch zuweilen auf Cautions-Leistung gerichtet werden, z. B. wegen der Entwährung, oder wegen der Mängel, oder auch

25) *L.* 11. §. 3. 5. *et* 6. *D. h. t. L.* 2. *C. de rescind. vendit.* S. oben §. 1029. S. 70.

26) Arg. *L. ult.* §. 3. *Cod. Communia de legatis.*

27) *L.* 29. *D. de act. emti et vend.* Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit. *Actione ex emto poterit consequi emtor pretium:* quia non ex causa legati rem habet. *Ant.* Faber Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 14. will statt non lieber *nunc* lesen. Ihm pflichtet auch Pothier Pand. Iustin. h. t. nr. XLI. not. g. bei. Allein zu einer solchen Emendation ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Westphal vom Kaufe §. 85. meint mit Retes Opusculor. Lib. IV. ad L. 88. §. 12. de Legat. 2. (*Thes. Meerm.* T. VI. p. 201.), der Kauf habe die causa legati nun verdrängt. Allein wie könnte denn das Kaufgeld zurückgefordert werden? S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

wegen der Uebergabe, wenn dieselbe nicht sogleich erfolgen konnte[28]).

L. 11. §. 8. *D. h. t.* Idem NERATIUS, etiam si alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere, ab omnibus receptum est, et *ex emto actionem* esse, *ut habere licere emtori caveatur*, sed et ut tradatur ei possessio.

L. 14. *Cod. eodem.* Emtor servorum certe de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse, aut noxa solutos, repromitti sibi recte postulat.

§. 1042.

Actio venditi.

Die actio venditi steht dem Verkäufer gegen den Käufer zu, und geht auf die Leistung desjenigen, wozu der Contract den Käufer verpflichtet. *Ex vendito actio* venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emtori praestari oportet, sagt Ulpian *L.* 13. §. 19. *D. h. t.* Hauptsächlich wird sie auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder dessen Restes gerichtet, und sie ist noch immer gegründet, wenn auch der Verkäufer aus Irrthum geglaubt hätte, seine Forderung sey durch Compensation getilgt. Denn soll die Einrede der Abrechnung der Klage entgegenstehen, so muß sie auch gegründet seyn, wie die Kaiser Valerian und Gallienus *L.* 2 *C. h. t.* rescribiren: Venditi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris.

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. Westphal vom Kauf. §. 76.

[e]co quod in compensationem venerit, quasi et tu [in]vicem deberes, id obesse tibi poterit, si in bo[n]ae fidei contractu (in quo maiores etiam viginti [qu]inque annis officio iudicis in his, quae dolo [c]ommissa sunt, adiuvantur) iusto errore te ductum, [v]el fraude adversarii captum, quasi debitum id [e]sset, quod revera non debebatur, pepigisse mon[st]raveris. Ist ein rechtlicher Grund dazu vorhanden, [z.] B. Vertrag, Verzug oder gesetzlich anerkannte Billig[kei]t, so können auch Zinsen vom Kaufgelde[29]), jedoch nicht [hö]here, als die Gesetze erlauben, wenn sie auch als eine [Co]nventionalstrafe ausbedungen worden wäre[30]), auch [ei]n weiteres Interesse[31]), noch Gewinn, den vielleicht [de]r Verkäufer, als Kaufmann, mit dem ihm nicht gehö[rig] bezahlten Kaufgelde gemacht haben würde, gefordert [we]rden; es müßte denn etwa die Bezahlung des Kaufgel[de]s an einem bestimmten Orte haben geschehen sollen, und [da]her das interesse loci zu vergüten seyn[32]). Hat sich [de]r Käufer bei der Besitznahme der Sache mehr angemaßt,

[29]) *L.* 13. §. 20. *D. h. t.* *L.* 47. *in fin. D. eodem.* *L.* 5. *L.* 13. *Cod. h. t.* *L.* 18. §. 1. *D. de Usuris.* *L.* 2. *Cod. eodem.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. S. 134. ff.

[30]) *L.* 13. §. 26. *D. h. t.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. Westphal vom Kaufe §. 665.

[31]) *L.* 19. *D. de periculo et commodo rei vend.* S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 20. *Ios.* Finestres Hermogenian. ad h. L. pag. 464. sq.

[32]) *L.* 2. §. *ult.* *L.* 4. *D. de eo, quod certo loco.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 986. Not. 86. S. 142.

als ihm gehörte, so kann auch auf Zurückgabe desselben geklagt werden[33]). Mit dieser Klage erhält ferner der Verkäufer Ersatz der auf die verkaufte Sache verwandten Unkosten[34]). Endlich geht die Klage auch noch auf Erfüllung dessen, was durch Nebenverabredungen ausbedungen worden ist. Ist ein solcher Vertrag als ein resolutiver beigefügt worden, so kann auch auf die Zurückgabe der verkauften Sache mit aller Zubehörung geklagt werden, und der Verkäufer hat dann nach dem neueren römischen Rechte die Wahl, ob er mit der **actio venditi** oder **praescriptis verbis** klagen will[35]). Eben diese Wahl findet Statt, wenn dasjenige, was sich der Verkäufer ausbedungen hat, gleichsam einen Theil des Kaufgeldes ausmacht, wenn auch der Nebenvertrag an sich einen eigenen Contract ausmachen sollte. Z. B. ich habe dir einen leeren Platz mit der Bedingung verkauft, daß du ihn bebauen, und mir dann einen Theil des Gebäudes überlassen sollst[36]); oder du hast mir die Hälfte eines Grundstücks um einen wohlfeilen Preis mit der Bedingung verkauft, daß ich den andern Theil, den du zurückbehalten hast, auf

33) *L.* 2. *in fin. Cod. h. t.*

34) *L.* 13. §. 22. *L.* 38. §. 1. *D. h. t. L.* 16. *C. eodem.*

35) *L.* 2. *Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compositis.* Unter den älteren Rechtsgelehrten war dieß streitig, wie schon an einem andern Orte (Th. XVI. §. 1000. Not. 37. S. 226.) bemerkt worden ist.

36) *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* Si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est, et ut aedifices agere me posse ex vendito, et ut aedificatam mihi retradas.

e bestimmte Zeit in Pacht nehmen solle [37]). Labeo
) Trebatius läugneten zwar, daß hier ex vendito
lagt werden könne, und glaubten, dem Verkäufer
ie nur die actio praescriptis verbis zu [38]). Allein
ian und Javolen waren anderer Meinung, und be-
ipteten mit Recht, daß auch die actio venditi nicht
geschlossen sey, si modo ideo vilius fundum ven-
isti, ut haec tibi conductio praestaretur: *nam*
ipsum pretium fundi videtur, quod eo pacto
iditus fuerit; wie Javolen *L.* 79. *D. de contrah.*
t. sagt, und diese Meinung nahm auch die Praxis an.

§. 1043.

**nschaften und Bedingungen beider Klagen. Exceptio non
ıdimpleti contractus. Findet hier wohl auch der Execu-
tiv-Prozeß Statt?**

Da beide Klagen blos das Vermögen betreffen, so
n sie sowohl activ als passiv auf die Erben der Con-
:nten über, das heißt, sie können sowohl von den
n, als gegen die Erben der Contrahenten angestellt
en. Hat der Verkäufer die nämliche Sache an zwei
hiedene Personen verhandelt, dieselbe aber noch kei-
von beiden tradirt, und ist dann von diesen zwei Käu-
der eine des andern Erbe geworden, so concur-
zwei Klagen in einer Person, nämlich die eigene Klage
Erben, und die erbschaftliche. Hatte nun der eine
er schon vor der Antretung der Erbschaft die ihm

L. 79. *de contrah. emt.*

L. 50. *D. de contrah. emt. Ant.* Faber Rational. in
id ad L. 79. D. de contrah. emt. und Westphal vom
ıf. §. 888.

aus seinem eigenen Contracte zustehende Klage angestellt, so kann er nach der Antretung der Erbschaft noch, wenn er will, die ihm als Erben zustehende Klage aus dem Contracte seines Erblassers anstellen, und also, wenn er mit seiner eigenen Klage z. B. die Sache selbst erhalten hat, nachher noch mit der ihm als Erben des andern Käufers zustehenden Klage das Interesse fordern. Hätte er hingegen vor der Antretung der Erbschaft noch gar nicht geklagt, so kann er nun zwar nur eine Klage anstellen, aber doch so, daß er mittelst derselben den Vortheil beider Contracte erhalten kann. Es findet also hier keine confusio obligationum Statt[39]). So lehrt Ulpian *L.* 10. *D. h. t.* Non est novum, *ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant.* Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres extiterit: *constat duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam; et debere*

39) S. *Iac.* Labittus de Usu Indicis Pandect. Cap. III. §. 30. (Adject. *Abr.* Wieling Iurisprud. restitut. T. II. pag. 49.) und Pothier Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. Nr. CXXVI. Not. b. c. d. Anders erklärt diese Stelle Westphal vom Kaufe §. 880. Nach seiner Erklärung soll der Sinn der Worte: unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum, der seyn, durch das Erkenntniß auf die Sache oder das Interesse, als von welchen beiden Stücken nur eines zugesprochen werde, seyen beide Contracte zugleich abgethan. Allein die Erklärung des Pothier Pandect. Iustin. cit. loco not. d., welcher sie so versteht: *consequetur una actione, in quam duae quasi conflatae sunt, quod ex utroque contractu debetur*, ist den Worten und auch der Rechtsanalogie angemessener. Cum enim duae eiusdem potestatis sint obligationes, non potest reperiri, cur altera potius, quam altera consumeretur, sagt *L.* 5. *D. de fideiussor.*

heredem institutum, *si velit, separatim duarum actionum commodo uti*: ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde, adita hereditate, hereditarium. Quodsi prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, *ut per eam utriusque contractus sentiat commodum.*

Bei beiden Klagen wird ferner zur Begründung derselben erfordert, daß der Kläger auf seiner Seite den Contract erfüllt habe oder die Erfüllung vollständig anbiete. Denn sie entspringen aus einem Bilateralcontract, in welchem die Leistung des einen durch die des andern bedingt ist. Jeder Theil kann daher zu seiner Sicherheit (quasi pignus) seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist. Will daher 1) der Käufer mit der actio emti auf die Uebergabe klagen, so muß er, wofern ihm die Sache nicht auf Credit verkauft worden ist, entweder das ganze Kaufgeld bezahlt oder solches dem Verkäufer, mit der Bereitwilligkeit, es sofort zu bezahlen, ganz angeboten haben. Hätte er nur einen Theil der Kaufsumme angeboten oder auch auf Abschlag gezahlt, so würde ihm dieß nichts helfen, sondern der Verkäufer die Sache dennoch bis zur Bezahlung des ganzen Kaufgeldes zurückzuhalten berechtigt seyn.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, *si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum.*

L. 13. §. 8. *D. h. t.* Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo *etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio.* Vendi-

ter enim, quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

L. 22. D. de hereditate vel act. vend. Hereditatis venditae pretium pro parte accepi, reliquum emtore non solvente. Quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

2) Eben so muß aber auch der Verkäufer, wenn er auf die Bezahlung des Kaufgeldes oder des Restes desselben klagen will, die Sache tradirt, oder sich zur Uebergabe bereitwillig erklärt haben. Sonst kann ihn der Käufer mit der exceptio rei venditae, sed non traditae eben so zurückweisen, als in jenem Falle der Verkäufer mit der exceptio pretii nondum soluti den Käufer mit seiner Klage abweisen kann.

L. 25. D. h. t. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.*

Man nennt überhaupt die Einrede, welche der aus einem Bilateralcontract angestellten und auf dessen Erfüllung gerichteten Klage zur Ausschließung derselben entgegengesetzt wird, und welche dahin geht, daß der Kläger seiner Seits dasjenige nicht geleistet habe, in dessen Rücksicht sich der Beklagte zu dem, was der Kläger von ihm fordert, verbindlich gemacht hat, die Einrede des nicht erfüllten Contracts, (exceptio non adimpleti contractus oder auch exceptio

plementi non secuti[40]). Daß diese Excep-
in dem römischen Rechte gegründet sey, ist nach den
eführten Gesetzstellen außer Zweifel, wenn gleich den
rten nach dieselbe darin nicht vorkommt, sondern die
ischen Gesetze nur von einer exceptio mercis
traditae sprechen[41]). Auch in dem canonischen
hte findet sich die gedachte Exception nicht wörtlich,
deutlich es auch die Billigkeit derselben in der Regel
kennt: *Frustra sibi fidem quis postulat ab eo
vari, cui fidem a se praestitam servare recu-*
[42]). Wenn nun gleich sonst, der Regel nach, dem
lagten der Beweis seiner Einreden obliegt[43]), so
ält sich doch hier die Sache anders. Die sogenannte
eptio non adimpleti contractus gehört zu denje
n Einreden, wodurch die Last des Beweises auf den
ger gebracht wird[44]). Der Grund, warum hier
Kläger den Beweis übernehmen muß, daß er seiner
ts den Contract erfüllt habe, beruht nicht, wie man
öhnlich sagt, darin, weil die der Klage entgegenge-
e Einrede eine verneinende ist; denn auch negative Be-

S. *Io. Frid. Franc. de* LICHTENSTEIN Diss. de natura
indole exceptionis implementi non secuti, praes. *Io.*
rid. WAHL def. *Goettingae* 1751. §. 20.
L. 5. §. 4. *D. de doli mali et met. except.*
Cap. 75. *de reg. iuris in* 6*to.*
L. 19. *pr. D. de probat. L.* 1. *D. et L.* 5. *Cod. de ex-*
ptionib.
VOET Comm. ad Pand. h. *t.* §. 23. *Gabr.* SCHWEDER
nclusion. select. de exceptione non impleti contractus.
übingae 1688. §. 26 sqq. *Io. Ern.* SCHROEDER Diss.
exceptionibus, quibus oppositis onus probandi actori
ungitur. Cap. III. L. 5. *de* LICHTENSTEIN oder WAHL
. Diss. §. 23.

hauptungen müssen bewiesen werden[45]), sondern weil dadurch ein Umstand bestritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, dessen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt[46]). Sie findet daher auch im Executivprozesse Statt, nicht weil sie zu den liquiden Einreden gehört, sondern weil sie die Forderung des Klägers illiquid macht. Denn es soll ja erst ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und also die Klage begründet sey, oder nicht[47]). Die Praxis begünstigt überhaupt diese Einrede dergestalt, daß sie nicht nur in jedem Theile des Prozesses, auch nach der Einlassung auf die Klage, ja selbst noch bei der Execution zugelassen wird[48]), sondern auch sogar von dem Richter, wenn sie gleich nicht vorgeschützt worden ist, ergänzt werden kann, insofern sie sich aus den Acten schon von

45) S. Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XXXIV. §. 4.

46) *I. H.* Boehmer Iur. Eccles. Protest. Lib. II. Tit. 19. §. 11. *Frid. Alex.* Künhold Disput. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. *Lipsiae* 1726. §. 18. und Ad. Diet. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. nr. 11. S. 198.

47) S. Weber a. a. O. Nr. 27. S. 267. f.

48) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. Schweder cit. Diss. §. 22. Müller ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 113. not. *δ*. Doch macht sich schon Stryck Us. mod. Pand. h. t. §. 2. den Zweifel, ob nicht der jüngste Reichsabschied vom J. 1654. §. 37. entgegenstehe? Man sehe auch Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. Auch Walch cit. Diss. §. 30. will diese Einrede bei der Execution nur unter folgenden Bedingungen zulassen: 1) wenn sie weder in den Acten selbst vorgeschützt worden, noch sich sonst aus den Acten ergebe; 2) wenn der Beklagte eine rechtmäßige Entscheidung habe, daß er sie nicht zur rechten Zeit vor dem Erkenntniß vorgeschützt hat, und 3) wenn sie sogleich liquid sey, oder durch Angabe der Beweismittel sogleich liquid gemacht werden könne.

bst ergibt[49]). Sie kann auch nicht nur von jedem Be-
gten, welcher aus dem Contracte belangt wird, er sey
: Contrahent selbst oder ein anderer Interessent, z. B.
Bürge oder Erbe, vorgeschützt, sondern auch jedem
äger entgegengesetzt werden, welcher aus dem Contracte
gt, er sey der Contrahent oder ein anderer, welcher
seine Rechte eingetreten ist[50]). Denn sie ist eine ex-
ptio in rem, oder, wie Paulus[51]) sagt, rei co-
erens.

Von der exceptio non adimpleti contractus
len Viele[52]), zu denen auch Hellfeld gehört, die ex-
ptio non rite adimpleti contractus, oder, wie
n sie auch nennt, exceptio non debito modo
pleti contractus, oder, wie man sie deutsch ausdrückt,
Einrede des nicht gehörig erfüllten Con-
cts, unterschieden wissen. Bei dieser, sagt man,
alte es bei der Regel, vermöge deren der Beklagte

Lauterbach c. l. Stryk c. l. Schweder cit. Diss. §.
Wahl oder *de* Lichtenstein cit. Disp. §. 22. Mül-
er ad Struvium c. l. not. d. nr. II. Hofacker Princip.
r. civ. Rom. Germ. T. III. §. 1935. Not. a. Malblanc
rincip. iur. Rom. P. I. §. 292. not. f. u. a. m. Man s.
uch Gönners Handbuch des gem. Prozesses 1. B. Nr. X.
13. S. 251. ff.

Wahl cit. Diss. §. 26. et 27.

L. 7. §. 1. *D. de except.*

Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 125.
üher Schaumburg Compend. iuris Digest. h. t. §. 2.
nstimmig mit ihnen Christoph Christ. Dabelow Hand. des
utigen gemeinen röm. deutsch. Privatrechts 2. Th. 2. Abth.
1658. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann
act. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit
Band Erört. XXIII. Thibaut System des Pand. Rechts.
B. §. 169. (der 4. Aufl.) Weber über die Verbindlichkeit
r Beweisführung im Civilprozeß VI. Nr. 27. S. 268. Hu-
land Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1907. Not.

seine Einreden beweisen muß, das Bewenden. Den Grund dieses Unterschieds setzt man darin, weil der Beklagte hier ein Factum anführe, das nicht blos verneinend sey, sondern einen Umstand enthalte, wovon, nach den Regeln des Beweises, dem Kläger der Beweis nicht aufgebürdet werden könne. Allein daß dieser Unterschied ungegründet sey, hat schon Johann Christian von Quistorp[53]), und nach ihm noch einleuchtender Heinrich Ernst Bornemann[54]) gezeigt. Man hätte doch billig erwartet, daß man vor allen Dingen erst darüber einen befriedigenden Aufschluß geben sollte, wenn man sagen könne, der Contract sey nicht gehörig erfüllt. Hierüber haben sich aber die angeführten Rechtsgelehrten so unbestimmt erklärt, daß man fast nicht weiß, wie man aus diesem Labyrinth einen Ausweg finden soll. Unser Hellfeld erklärt mit seinem Vorgänger Schaumburg die Einrede so, wenn der Contract nicht vollständig, plenarie, erfüllt, oder, wie sich Schaumburg ausdrückt, wenn dem Contract nicht ex asse ein Genüge geschehen ist. Man setze nun, der Verkäufer stellte dem auf die Uebergabe klagenden Käufer die Einrede entgegen, er habe noch nicht des ganze, auf 100 Thlr. behandelte Kaufgeld, sondern nur erst die Hälfte daran bezahlt erhalten, ohne ihm wegen des Rückstandes Credit gegeben zu haben, so wäre dieß die exceptio non rite, id est, non plenarie adimpleti contractus, und dem Verkäufer müßte also der Beweis aufgebürdet werden.

53) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit 2. Th. herausgegeben von Wiese. (Leipzig 1798. 4.) Bemerk. LIII. S. 190. ff.

54) Ueber die confessio qualificata im Civilprozeß mit einer Anwendung auf die exceptio non rite adimpleti contractus. Hannover 1806. 8. §. 19. ff.

n welchem Widerspruche würde aber eine solche Behaup-
ng mit *L.* 13. §. 8. *D. h. t.* und *L.* 22. *D. de hered.*
l act. vend. stehen, welche dem Kläger die Klage ex
ato in diesem Falle geradezu absprechen? Herr Hofrath
hibaut erklärt sich hingegen darüber so: wenn der Con-
ict zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft gesche-
n sey, so sey die exceptio non rite adimpleti con-
actus vorgeschützt. Allein hier könnte man auch noch
t fragen, worin diese fehlerhafte Leistung bestehe,
lche die gedachte Exception voraussetzen soll. Daß es
r nicht blos auf die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache
gesehen seyn könne, ist wohl gewiß. Die aus Leyser[55])
) Hommel[56]) von ihm angeführten Stellen enthalten
h ganz andere Fälle. Dem Käufer war die Sache ge-
ig übergeben, und somit der Contract wirklich er-
llt worden. Derselbe setzte aber dem auf die Be-
lung des Kaufgeldes klagenden Verkäufer die Einrede
gegen, er sey von einem Dritten wegen der Sache in
spruch genommen worden, und ihm drohe eine Entwäh-
g. Allein wie kann man die exceptio immi-
ntis evictionis eine exceptio non rite ad-
pleti contractus nennen? Freilich kann man,
auch Leyser ganz richtig urtheilt, in diesem Falle dem
rkäufer keinen Beweis aufbürden, daß er Eigenthümer
verkauften Sache gewesen sey. Denn dieser Beweis
ört nicht zur Erfüllung des Contracts[57]). Allein der
ufer kann sich auch aus dem Grunde der etwa immini-

Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVIII. medit. 1. et
et Vol. IV. Specim. CCXXXVIII. medit. 2. et 3.

Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 87.

L. 25. §. 1. *D. de contr. emt.* *L.* 11. §. 2. *L.* 30. §. 1.
D. h. t. *L.* 3. *C. de eviction.*

renden Eviction von seinen Contractsverbindlichkeiten nicht frei machen. Zwar kann ihm aus diesem Grunde die Zurückbehaltung des Kaufgeldes nicht bestritten werden; allein diese kann doch nur höchstens so lange Statt finden, bis der Verkäufer für die etwa zu besorgen habende Eviction hinreichende Sicherheit bestellt hat [58]). Man setze aber ferner, der Käufer habe dem auf die Erfüllung klagenden Verkäufer die Einrede entgegengesetzt, daß die ihm tradirte Sache fehlerhaft sey, so muß zwar freilich der Käufer, da er die Vermuthung gegen sich hat, den behaupteten Fehler beweisen; allein deswegen kann man ihm doch nicht den Beweis auflegen, daß der Fehler tempore contractus schon vorhanden gewesen sey. Zeigt also der Beklagte, daß der Fehler wirklich vorhanden sey, und war der Kläger auch verbunden, die Sache ohne diesen Fehler zu überliefern, so steht dem Beklagten, welcher die Richtigkeit der geschehenen Erfüllung läugnet, nichts entgegen, und der Kläger ist vor allen Dingen schuldig, zu beweisen, daß er die Sache fehlerfrei übergeben habe. Herr Prof. Weber hat sich noch unter Allen am ausführlichsten darüber erklärt. „Sobald der Beklagte, sagt er, nicht mehr in jenen Gränzen einer bloßen Bestreitung des factischen Klagegrundes bleibt, und nicht sowohl das, was eigentlich dazu gehört, abläugnet, als vielmehr dem Kläger sonst besondere Thatsachen in Ansehung dessen, was er zu leisten hat, entgegensetzt, so folgt natürlich, daß Beklagter sich mit dieser Gegenbehauptung — exceptio non *rite* seu *non debito modo* impleti contractus — wenn der Kläger sie nicht zugibt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweises auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des

58) *L.* 18. §. 1. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 24. *Cod. de eviction.* S. Buchholz Versuche über versch. Rechtsmat. Nr I.

icht erfüllten Contracts aus der fehlerhaften Be-
chaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die
er Kläger gegen den Contract unternommen hat, oder
onst aus Verhältnissen hergeleitet wird, wodurch Beklag-
er die Rechte, welche ihm der Contract zusichert, gehörig
u behaupten gehindert wird, insofern der andere Contra-
ent dafür zu haften verbunden ist. Alles dieß beruht
uf Thatsachen, die der Beklagte, wenn sie bestritten wer-
en, erst darthun muß, bevor er die darauf gegründete
Einrede gegen den Kläger geltend machen kann." Er
ezieht sich übrigens, wie Thibaut, auf Leyser und
Hommel. Die noch ausserdem aus Müller über Ley-
er angeführte Observation[59]) kommt nicht in Betrach-
ung, weil sie in der Hauptsache aus Hommel genom-
nen ist. Da hier blos die Meinung des Herrn Hof-
aths Thibaut, auf welchen auch verwiesen wird, durch
älle, die bereits vorhin angeführt worden sind, mehr
usgeführt worden ist, so steht das Nämliche auch dieser
Meinung entgegen. Die älteren Schriftsteller, auch selbst
iejenigen, welche der exceptio non adimpleti con-
'actus eigene Abhandlungen[60]) gewidmet haben, schwei-
en von einer Exceptio non rite adimpleti contra-
tus gänzlich. Vielmehr sagen sie einstimmig: *Ex-
ceptio implementi non secuti* cum ipsi actori,
ım heredi eius, potest tam diu opponi, *quam-
iu aliquid adhuc praestandum superest, etiamsi
a minima parte contractus non sit impletus*, aut
mplementum tantum in *accidentalibus* secutum non
it, quia is tantum cum effectu agere potest, qui

59) Tom. V. Obs. 850.
60) Siehe die oben in den Noten 40. 44. und 46. angeführten
SCHWEDER, KÜNHOLD und WAHL oder VON LICHTENSTEIN.

conventa et promissa *ex asse*, sive, ut practici loquuntur, *totaliter* implevit[61]). Und Stryk[62]) widerlegt mit Recht die Meinung des Berlich[63]), welcher behaupten wollte, die exceptio non impleti contractus bringe nur dann den Beweis auf den Kläger, wenn dadurch essentialia bestritten würden, wenn hingegen von accidentalibus per pactum adjectis die Frage sey, so müsse der Beklagte seine Einrede beweisen. Non tamen, sagt Stryk, haec sententia firmo stat talo, cum quae per pactum adjiciuntur, insint contractibus, et pro naturalibus habeantur[64]), ut proinde implementum tam in essentialibus quam accidentalibus probari debeat, quippe quod non praesumitur, cum in facto consistat. Hierin stimmen denn auch mehrere neuere Pandecten-Systeme überein, in welchen zwischen der exceptio *non adimpleti* et *non rite impleti* contractus kein Unterschied gemacht wird, weshalb ich auf Günther[65]), Meister[66]) und Zauner[67]) verweise. In der That unterscheiden auch selbst die Gesetze nicht, sondern verlangen von dem Contrahenten, welcher als Kläger auftreten will, überhaupt, daß er seiner Seits den Contract erfüllt habe; und daß dieß nur von einer vollkommen und auf die gehörige Art geschehenen Erfüllung verstanden werden könne, ist wohl mit

61) S. Wahl cit. Diss. §. 31. Schwedder Diss. cit. §. 11.
62) Us. mod. Pand. h. t. §. 3.
63) Decis. Part. I. Decis. 174. nr. 10.
64) *L.* 7. §. 5. *D. de pactis.* *L.* 1. §. 6. *D. depositi.*
65) Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 975.
66) Ius Rom. privat. idque purum. Vol. I. §. 532.
67) Introduct. in Digesta iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 18. §. 4.

Grund nicht zu bezweifeln, weil es ja in rechtlichem Sinne gleichviel ist, ob der Contract gar nicht, oder nicht auf die gehörige Art erfüllt worden ist. Es sagt dieß auch Paulus in einem Falle, wo ein Sklave von dem Peculium, welches sein Herr ihm gegeben hatte, eine Sache kaufte, in der merkwürdigen, übrigens den Auslegern schwierig geschienenen Stelle der *L.* 31. §. 1. *D. de rebus creditis* [68]) ausdrücklich, wenn es daselbst heißt: non aliter domino servi venditorem *ex emto* teneri, *quam si ei pretium solidum, et quaecunque, si cum libero contraxisset, deberentur dominus servi praestaret.* Und Ulpian bestärkt dieß in der *L.* 31. §. 8. *D. de aedilit. Edicto* noch dadurch, daß er sagt: Nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat. Der Contrahent, welcher auf Erfüllung des Contracts klagt, muß sich also durchaus darauf gründen, daß er den Contract erfüllt habe. Er darf daher keine ihm nachtheiligen Punkte auslassen. Denn es gehört durchaus mit zu den Prämissen der Klage, daß sich das Factum nur so verhält, als es vorgetragen ist. Setzt ihm nun der Beklagte die Einrede entgegen, daß in diesem oder jenem bestimmt angegebenen Umstande die Erfüllung des Contracts nicht gehörig geschehen sey, so leugnet er zugleich die Richtigkeit der Prämissen. Hier muß nun der Kläger vor allen Dingen beweisen, daß sich das Factum nur so verhalte, wie er es vorgetragen hat, und daß er den Contract,

68) Es ist damit zu verbinden *L.* 24. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Man vergleiche *Em.* Merillius ad Tit. Dig. de rebus creditis in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 684. *Guil.* Barclaius ad eand. Leg. Tit. de reb. cred. ibid. pag. 885. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 31. §. 1. D. de reb. cred. und Pothier Pandect. Iustin. T. I. Lib. XII. Tit. 1. Nr. V. not. f — q. pag. 348.

so weit es ihm geläugnet ist, gehörig erfüllt habe. Hat der Kläger dieß bewiesen, so muß dann auch der Beklagte den Umstand beweisen, worin die nicht gehörig geschehene Erfüllung des Contracts bestehe. Die exceptio non rite adimpleti contractus ist also ganz nach den Grundsätzen einer confessio qualificata zu beurtheilen [69]). Sollte jedoch die Einrede der Nichterfüllung auf einen zum Factum der Klage rechtlich nicht gehörenden Umstand sich gründen, so müßte sie freilich der Beklagte allein beweisen [70]).

Es entsteht hier noch die Frage, ob aus einem Kaufcontract auch executivisch geklagt werden könne? Man ist darüber nicht einverstanden. Von Einigen [71]) wird sie verneint, von Anderen bejaht [72]). Soviel ist 1) gewiß, daß, wenn der Verkäufer gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagt und eine klare Urkunde für sich hat, worin nicht nur die Kaufsumme bestimmt ist, sondern woraus auch die geschehene Erfüllung von Seiten des Klägers sofort erhellt, der Executiv-Prozeß allerdings Statt finde [73]). Wenn aber 2) der Käufer auf die Uebergabe

69) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 2. Band XXXIV. §. 2. und Nr. XLIII. §. 16. Grolman's Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 82. a. S. 143. und Bornemann über die confessio qualificata im Civilprozeß §. 22. ff.

70) Bornemann a. a. O. §. 24.

71) Lyncker Resolut. 643. Carpzov P. III. Decis. 257. nr. 12. sqq. Ludovici Einleitung zum Civilprozeß Kap. 3. §. 2. Nr. 5. §. 3.

72) Wernher Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 149. P. III. Obs. 172. Danz Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 77. S. 112. der Gönnerschen Ausgabe. Stuttgart 1806.

73) Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 210. von Bülow's und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. B. Erört. 26. Not. z.

gt, so sollte eigentlich der Executiv-Prozeß wegfallen, il derselbe in der Regel nur wegen solcher Forderungen tatt findet, die in Geldsummen oder anderen bestimmten uantitäten verbrauchbarer Sachen bestehen[74]). Allein der Reichsabschied vom Jahre 1654. §. 174. erhaupt bei klaren Brief und Siegeln ein schleuniges rfahren erlaubt, so läßt die gemeine Praxis bei glei- n Bilateralcontracten den Executiv-Prozeß auch dann wenn nicht gerade auf Geldsummen, sondern auf perliche Sachen, sie seyen bewegliche oder unbeweg- e, geklagt wird, wofern nur durch Urkunden alle nkte der Klage sogleich bewiesen werden können[75]). rd freilich dem Kläger die Einrede des nicht erfüllten ıtracts entgegengesetzt, und die Erfüllung von Seiten Klägers erhellt nicht klar aus dem der Klage zum ınde gelegten Documente, so muß dem Kläger zuvör- t der Beweis, daß er den Contract seiner Seits er- habe, aufgelegt, und so lange der Executiv-Prozeß endirt werden[76]). Es muß nur aber der Beklagte lich und bestimmt angeben, worin der Punkt bestehe, hen der Kläger erst noch zu erfüllen habe[77]).

Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse 160.

de Berger Electa processus executivi §. 31. u. Gön- r's Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 4. Band. . LXXVII. §. 3.

Werner Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. , und Wahl Diss. cit. de natura et indole exceptio- implementi non secuti §. 27. pag. 69. sq.

S. den 4. Th. dieses Commentars Abschn. 2. §. 313. 290. Nr. 2.

Anhang.

Während schon an den letzteren Bogen dieses Abschnittes gedruckt wurde, sind mir noch einige neuere Schriften über einzelne Materien zu Gesicht gekommen, welche ich daher leider nicht habe benutzen können. Ich will sie hier nur noch zur Ergänzung anführen.

1) Zu dem §. 1026. Die hier einschlagende schwierige Lehre von den Wirkungen der Genehmigung bei rechtlichen Geschäften ist nun durch die neue treffliche Bearbeitung in des Hrn. Hofr. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. Band (Giessen 1814.) Nr. IV. in ein so helles Licht gesetzt worden, daß die in dem röm. Recht vorkommenden verschiedenen Bestimmungen über Zulassung und Untersuchung der rückwirkenden Kraft derselben in der Anwendung der von ihm angegebenen sehr einfachen Grundregeln wohl keinen weitern Anstoß finden dürften.

2) Zum §. 1028. verdient noch vor allen die sehr interessante Abhandlung über die Rescission der Contracte wegen enormer Verletzung, in Vergleichung des römischen, preußischen und französischen Civilrechts aus dem Gesichtspunkte der Legislation in Gönner's Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums 2. Band Nr. XX. S. 356 — 410. hinzugefügt zu werden.

3) Zum §. 1033. S. 147. Der hier Z. 9. als Entscheidungsgrund der *L.* 14. §. 1. *D. de peric. et commodo rei vend.* angeführte Grundsatz von der unbedingten Verantwortlichkeit des Verkäufers wegen der vor der Uebergabe entwendeten verkauften Sache, als eine Folge der Verpflichtung desselben zur custodia, ist bestritten worden in D. Joh. Christ. Hasse civilist. Abhandl. über die Culpa des röm. Rechts. Kiel 1815. Kap. X. §. 81. ff. wegen der auch von mir Not. 77. nicht unbemerkt gelassenen *L.* 14. §. 12. *L. de furtis.*

4) Zum §. 1035. u. 1036. Ueber die hier erklärten Gesetzstellen L. 1. pr. L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. u. L. 4. §. 1. et 2. *D. de per. et comm. rei vend.* ist vorzüglich zu vergleichen die angef. Abhandl. des Hrn. Prof. Hasse über die Culpa des R. R. Kap. X. §. 90. S. 451. ff.

Lib. XIX. Tit. II.

Locati conducti.

§. 1044.

f von *Locatio conductio*. Wesentliche Stücke. Unter-
ed zwischen Miethe und Pacht. Locatio conductio
operarum und operis.

chst an den Kauf gränzt, und zum Theil auf glei-
Grundsätzen beruht[1]) die *Locatio et conduc-*
oder *Locatio conductio*[2]), im Deutschen bald

. *I. de locatione et conduct.* Locatio et conduc-
proxima est emtioni et venditioni, *iisdemque iuris*
ulis consistit. Zwischen emtio venditio und locatio con-
findet eine so genaue Verwandtschaft Statt, daß, wie
us sagt *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* und nach ihm Justinian
. *et* 4. *I. eodem* bemerkt, bei den Alten in mehreren Fäl-
darüber Zweifel entstand, ob man ein gewisses Geschäft
einen Kauf- oder für einen Pacht- und Miethcontract
n solle, welchen aber, wie zu seiner Zeit vorkommen
, und zum Theil schon oben bei der Emphyteuse bemerkt
en ist, das neuere Recht gehoben hat. Doch wird auch
jetzt zuweilen darüber gestritten, wie aus einem Falle
Struben in den rechtl. Bedenken 5. Th. Bed. 98. er-
Man sehe auch Weber zu Höpfners Commentar
die Heinecc. Institutionen. §. 883. Not. 1.

Gesetze sagen bald locatio conductio, bald locatio et
uctio. S. *L.* 35. §. 2. *D. de verbor. obligat.* auch

Miethe, bald Pacht, auch Bestand genannt; der letzte Consensual-Contract, von welchem nun noch zu han-

die Rubrik dieses Titels. Die in dem canonischen Recht vorkommende *datio* et *receptio ad firmam, Cap.* 2. *X. dc locat. et conduct. Cap.* 8. *et* 24. *X. de decimis. Cap.* 6. *X. Ne clerici vel mon. sec. negot.* ist nichts Anderes, als ein Pachtcontract. *Ian. a.* COSTA in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 38. p. 562. leitet den Ursprung dieser Benennung von jener Constitution des Kaisers Zeno her, welche Cujaz Lib. XII. Observat. c. 38. restituirt hat, und welche sich auch in der *Synopsi Basilizων* des Leunclavius befindet, nach welcher es bei einer auf 5 Jahre geschehenen Verpachtung eines Grundstücks den Partheien binnen einem Jahre erlaubt seyn soll, von dem Contracte wieder abzugehen. *L.* 33. *Cod. de loc. et cond.* Um diesem Rücktritte vorzubeugen, pflegte man sich gegenseitig die Festhaltung des Contracts durch angehängten Vertrag zuzusichern. *Cap. ult. X. Ne praelati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant.* Daher sey der Name *Firma* entstanden, quod praestita fide de non expellendo conductore firmaretur contractus. *Firma* sey also nichts Anderes, als *conductio firmata*. Mit dieser Erklärung stimmt auch *Alex.* CHASSANEUS ad cap. 2. X. de loc. überein, welcher sagt: *ad firman dare* vel *locare* est, praestita fide pacisci in ipso contractu in continenti, ne ulli ex contrahentibus uti liceat beneficio *L.* 33. *C. de loc.* Allein *Ian.* CUSONIUS ad *Cap.* 2. *cit.* REINESIUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 1. pag. 312. halten das Wort *Firma* für eine vox anglo-saxonica, welche soviel als merces, oder praestatio annua bedeute. Hiermit stimmt auch *I. H.* BOEHMER in Edit. corp. iur. ad Cap. 2. X. de loc. not 42. überein. Man sehe noch DU FRESNE in Glossar. voc. *Firma*. Ein Beispiel von einer Datio ad firmam findet man bei *Hubert.* MIRAEUS Lib. I. Donat. Belgicar. Cap. 101.

deln ist[3]). Man bezeichnet mit diesem Namen überhaupt denjenigen Consensual-Contract, wodurch Jemand einem Andern den Gebrauch einer Sache gegen ein Äquivalent in Geld, zuweilen auch in Früchten, als persönliches Recht zu überlassen, oder auch Dienste gegen einen bestimmten Preis oder Miethgeld (merces, pretium) zu leisten sich verbindet. Dieser Contract erfordert, wie der Kauf, drei wesentliche Stücke: 1) Einwilligung der Contra-

3) Ueber diese Materie sind vorzüglich zu bemerken: *Io.* D'Avezan Tr. de locatione et conductione (in *Meerman. Thes.* Tom. IV. pag. 96. sqq.) *Andr.* Wege Tr. de eod. arg. *Lipsiae* 1696. 4. *Frid.* Brummer Exercitat. de locatione et conductione. *Lipsiae* 1664. (in *Opuscul.* a *Ge.* Beyer edit. *Lips.* 1716. 8. p. 375. sqq.) *Iust. Henn.* Boehmer Diss. continens selecta quaedam capita, eaque plurimum practica, circa locationem et conductionem praediorum rusticorum. *Halae* 1730. rec. 1737. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III.) *Ge. Frid. de* Ploennies Diss. qua praecipua et controversa locationis conductionis capita scientifice explicantur. *Giessae* 1738. *Io.* Voet Disp. de locat. conduct. *Lugd. Bat.* 1681. *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de opere conducto; (in eius *Select. Iurisprudentiae civ.* s. *Exercitat. Sabbathin.* Edit. 2. *Gedani* 1728. 4. P. II. Exercit. XLII. pag. 656. sqq.) *Io. Iust. Frid.* Schlemm de discrimine inter locationem conductionem Romanam et Germanicam, in specie contractum villicalem, vulgo Meyer-Contract. *Goett.* 1779. 4. *Rob. Ios.* Pothier Traité du Contract de louage, et traitè des cheptels. Nouv. edit. par Mr. Hutteau fils. *Paris* 1806. 8. *Car. Aug.* Haase de opere locato et conducto Romanorum Commentatio grammatica et historica I. et II. *Lipsiae* 1814. und Westphal von Kauf-, Pacht-, Miethcontract ꝛc. 2 Th. S. 661. f.

henten, 2) ein bestimmtes Object. Dieses können I. Sachen seyn. Hier nennt man den Contract überhaupt *Locatio conductio rerum*; und dann sind es entweder 1) bewegliche Sachen oder auch Häuser und überhaupt solche Gegenstände, bei deren Gebrauch kein weiterer Gewinn beabsichtigt wird, sondern wo in diesem Gebrauche allein der Nutzen besteht, welchen man von demselben erwartet. Hier heißt das Geschäft insonderheit Miethcontract, und die Contrahenten heißen Vermiether, *Locator*, Miethsmann, *inquilinus*; oder es sind 2) fruchttragende Grundstücke, desgleichen Rechte, durch deren Gebrauch man einen gewissen Gewinn, nämlich Früchte oder Renten und andere Einkünfte zu erhalten sucht, wie z. B. Zölle. Hier ist es ein Pachtcontract[4]), und die Contrahenten heißen Verpächter, *locator*, und der Pächter *colonus*, und insofern fiskalische Güter oder öffentliche Einkünfte und Zölle gepachtet werden, *publicanus*[5]), *redemtor*[6]), oder *manceps*[7]). II. Es können auch Dienste den Gegenstand

4) Ueber den Unterschied zwischen Mieth- und Pacht-Contract vergleiche man Ignaz Rudhart Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge für Doctrin und Legislation (Nürnberg 1811. 8) §. 48.

5) *L.* 1. §. 1. *D. de publicanis*. S. *Did.* SCHAGHEN Diss. de re frumentaria. *Traj. ad Rhen.* 1709. Cap. V. §. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Diss. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. Nr. XIII. pag. 193.)

6) *L.* 60. §. 8. *D. h. t.*

7) So sagt FESTUS voc. *Manceps*: MANCEPS dicitur *qui quid a populo emit, conducitve*, und ASCONIUS PEDIAN. in CICER. *divinat.* MANCIPES apellati fuerunt *publicanorum*

es Contracts ausmachen. *Locatio conductio operarum.* Dann sind es entweder 1) solche Dienste, die n Dienstbote oder Arbeiter gegen einen bestimmten Lohn leisten verspricht, ohne dabei weitere Besorgungen d Auslagen übernehmen zu dürfen. Hier nennt man n Vertrag Dienstmiethe, Lohnvertrag; oder die Dienste werden zur Verfertigung eines gewissen erkes, z. B. zur Aufführung eines Gebäudes, geleistet, lches Jemand für einen bedungenen Lohn übernomn hat — *Locatio conductio operis*, Verdinng, Verdingungsvertrag. Hier unterscheidet n a) den Eigenthümer (dominus), welcher das rk verfertigen läßt. Dieser heißt *locator operis*, n er verdingt das Werk, und zugleich *conductor erarum*, weil er dazu die Dienste des Handwerkers thet; b) den Unternehmer des Werks, weles ausführt. Dieser ist zugleich *conductor* oder *emtor operis*, und *locator operarum*[8]), weil sich die Errichtung des Werks bedingt oder er)elt, und seine Dienste dazu vermiethet. Es ist dem ein Unterschied zwischen opera und opus. Er s heißt blos Arbeit oder Dienst, letzteres aber, was die Arbeit bewirkt und verfertigt wird[9]). Doch

incipes ab eo, quod publicos reditus conduxissent. S. TMANNUS Lib. XI. Observat. cap. 10. Man sehe auch 11. *Cod. de vectigal.*

. 22. §. 2. *L.* 30. §. 3. *D. h. t. L.* 36. *D. eod.*

ERENTIUS *Heaut.* Act. I. Sc. I. v. 21. 22. *Quod in opere iendo operae consumis tuae, si sumas, in illis exercis plus agas.* SENECA Epist. 76. CICERO Verr. IV. . 57.

wird zuweilen auch opus für opera gebraucht [10]), und *opus* im eigentlichen Sinn ein ganz vollendetes Werk genannt, wie aus folgender Stelle erhellt:

L. 5. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* **Opere locato conducto:** his verbis LABEO significari ait id opus, quod Graeci ἀποτελεσμα vocant, (non ἔργον) id est, *ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Locatio et conductio operarum und locatio et conductio operis unterscheiden sich also darin von einander, daß durch die erstere blos die Leistung gewisser Dienste, durch die letztere aber die Ausführung eines zusammenhängenden Ganzen, als Erfolg der gedungenen Dienstleistung, übernommen wird. Von beiden wird unten §. 1048. ausführlicher gehandelt werden. Ich bemerke hier nur noch, daß die Ausdrücke *locare* und *conducere* in den Gesetzen nicht selten verwechselt werden [11]), so wie dieß auch bei den Benennungen emtio und venditio der Fall ist [12]). Bei der locatio et conductio operarum läßt sich jedoch die Verwechselung sehr leicht erklären. Denn auch derjenige, welcher blos seine Dienste verdingt, um Etwas zu verrichten, was auch nicht gerade in der Verfertigung eines gewissen ganzen Werks besteht, und daher in dieser Hinsicht locator operarum ist, kann doch auch in Rücksicht dessen, was durch die zu leistenden Dienste verrichtet werden soll, conductor, so wie derjenige,

10) CICERO *de officiis* Lib. II. Cap. 3. §. 9.

11) *L.* 2. *pr. L. ult. D. de lege Rhodia de iactu.*

12) *L.* 19. *et* 20. *D. de act. emti et vend.*

welcher ihn zur Verrichtung desselben gedungen hat, und welcher sonst conductor operarum heißt, in dieser verschiedenen Beziehung auch nicht unrichtig locator genannt werden[13]). Daraus erklären sich denn die in den römischen Gesetzen vorkommenden Redensarten: *mulierem nave vehendam conducere*[14]); ferner *vinum transportandum locare*[15]) u. d. m. Es erhellt zugleich hieraus, daß es nicht durchgehends richtig sey, wenn man denjenigen, welcher den Lohn empfängt, Locator, denjenigen hingegen, welcher ihn zahlt, Conductor nennt. Richtiger definirt Cujaz[16]), wenn er sagt: perpetuam esse hanc inter *Locare* atque *Conducere* differentiam, ut nihil sit aliud *Locare*, quam utendum vel faciendum aliquid dare: *Conducere*, accipere; und so kann bald der Locator, bald der Conductor den Lohn geben oder empfangen.

3) Das dritte wesentliche Erforderniß des Mieth- oder Pachtcontracts ist *merces*, Miethgeld, Pacht-

13) S. Brümmer Cit. Exercitat. Cap. II. §. 1. und Haase Diss de opere locato et conducto. Commentat. I. Cap. II. §. 1.

14) *L.* 19. §. 7. *D. h. t.*

15) *L.* 11. §. 3. *D. eodem.* Man vergleiche noch Vellejus Paterculus Hist. Rom. Lib. I. cap. 13. §. 4. et Cicero *Verr.* V. Cap. 45.

16) Observation. Lib. II. c. 28. Man sehe auch *Ant.* Schulting Thes. controvers. Decad. LXIX. Th. 1. und Winckler ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 19. Not. 2. in fin.

geld, Lohn, Preis. Diese merces wird zuweilen in den Gesetzen tropisch auch *conductio*[17]) genannt.

Sind nun die Contrahenten sowohl über das Object, d. i. über den Gebrauch der Sache oder Leistung der Dienste, als über die merces einverstanden, so ist dieser Contract perfect und verbindlich. Es kommt also hierin der Miethcontract ganz mit dem Kaufcontract überein, wie auch Cajus *L.* 2. *pr. D. h. t.* bemerkt, wo er sagt: Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni. Nam ut emtio et venditio contrahitur, si de pretio convenerit: *sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.* Es kann sogar im Miethcontracte zuweilen ein Eigenthum, wie im Kaufe, übergehen, obgleich dieß freilich ein ungewöhnlicher Fall ist. Non solet[18]) enim locatio dominium mutare, sagt Ulpian *L.* 39. *D. h. t.*, und Julian lehrt mit Recht *L.* 33. §. 1. *D. de usurpat. et usucap.*, daß der Pächter auch nicht einmal einen juristischen Besitz habe; womit auch Ulpian *L.* 9. *D. de rei vindicat.* übereinstimmt. Daher setzt Javolenus hierin einen Hauptunterschied zwischen venditio und locatio, daß erstere eine Veräusserung enthält, letztere aber nicht. Toties enim *conductio* alicuius rei est, sagt er *L.* 65. *D. de contrah. emt.*, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem ma-

17) *L.* 9. *D. de public. et vectigal. L.* 68. §. 1. *D. de fideiussor.* Brummer cit. Exercit. Cap. I. §. 4.

18) Die Worte: *non solet* zeigen an, daß dieses nur der Regel nach so sey. S. *Corn. van.* Bynkershoek Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. pag 293. edit. *Heinecc.*

et; *quotiens vero et immutatur et alienatur*, MTIO *magis, quam* LOCATIO *intelligi debet*. Von eser Regel weicht aber doch zuweilen die locatio conuctio operarum ab, wie Alfenus lehrt *L*. 31. *D*. . *t*. wenn er sagt:

Rerum locatarum duo genera esse: ut aut dem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut *eiusdem generis redderetur*, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore, *in creditum iri*.

Da diese Stelle schon bei einer anderen Gelegenheit [19]) erklärt worden ist, so bemerke ich hier nur noch, daß bei den Römern ehemals sogar der Gebrauch der Mancipation mit Beifügung des pacti fiduciae, d. i. eine feierliche Veräusserung oder Ablieferung einer Sache zum Eigenthum unter der Bedingung der Restitution oder Remancipation, auch selbst bei der locatio et conductio nicht ungewöhnlich gewesen sey. Der Grund war, weil daraus für beide Theile, sowohl für den Geber, als für den Empfänger, ein bedeutender Vortheil entstand, für den letzteren, weil er die ihm durch Mancipation überlassene Sache, als optimo iure dominus, nun ex iure Quiritium von Jedem vindiciren konnte, der sie ihm etwa vorenthielt; für den Ersteren aber, weil nun die Gefahr auf den Empfänger überging, mithin dieser auch für eine solche Culpa stand, für welche er sonst nach der Natur des Contracts nicht hätte haften dürfen. Der Geber

19) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 940. S. 165. ff.

konnte nun auch, wegen des indicii fiduciae, desto mehr versichert seyn, daß er seine Sache wieder zurück erhielt [20]). Eine solche Mancipation ward auch sogar bei der locatio et conductio operis gebraucht. Denn die Benennungen *manceps* oder *redemtor* operis, mit welchen der conductor operis faciendi bei den Alten bezeichnet wird, sind unstreitig von der feierlichen mancipatio fiduciaria, welche mit der Uebernehmung der Gefahr verbunden war, herzuleiten [21]). Daher ist ferner zu erklären, warum bei den Alten das Wort vendere sehr oft für locare, und emere für conducere gebraucht wurde [22]). Dem allen ohngeachtet bleibt doch immer der Unterschied zwischen Kauf und Miethe oder Pacht darin wesentlich gegründet, daß in dem ersteren die Sache selbst mit allen Rechten für einen bestimmten Preis, in dem letzteren aber

20) S. *Franc. Car.* CONRADI de pacto fiduciae. Exercit. I. *Helmst.* 1732. §. 11 — 13.

21) CONRADI c. l. §. 13. hat dieß aus mehreren Stellen der Inscriptionen bei GRUTER, ferner des CICERO, PLAUTUS und SYMMACHUS, auch des *Corporis iuris Rom.* erwiesen. Man sehe auch BRUMMER Exercit. de locat. et conduct. Cap. III. §. 5. (*Opuscul.* pag. 407.) *Ev.* OTTO de Tutela viarum publicarum. P. II. Cap. 5. und *Car. Aug.* HAASE de opere locato et conducto. Comment. I. P. I. Cap. II. §. 2. et 3.

22) So z. E. sagt FESTUS sub voc. VENDITIO: *Venditiones dicebantur olim Censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant,* und *Hyginus* de limit. *constitut.* Lib. II. sagt: *Vectigalibus alii subiecti sunt per annos, alii vero mancipibus ementibus, id est, conducentibus.* S. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. I. §. 6. et 7.

nur der Gebrauch der Sache gegen ein bestimmtes Mieth-
geld einem Andern zu überlassen versprochen wird[23]).

§. 1045.

. Einwilligung der Contrahenten. Stillschweigende Vermiethung. Relocation. Zeit der stillschweigenden Verlängerung derselben, sowohl bei Grundstücken, als Diensten.

Das erste wesentliche Stück der Locatio et conductio ist also gegenseitig erklärte Einwilligung er Contrahenten. Diese ist zur Perfection und Gilgkeit des Contracts in der Regel hinreichend, wenn nicht wa die Partheien mit einander verabredet haben sollten, ıß sie den Contract schriftlich schließen wollen; und hier lt denn auch Alles, was oben[24]) beim Kaufe von der riftlichen Abschließung desselben gesagt worden ist; oder :nn nicht die Gesetze sonst in einzelnen Fällen ausnahms-ise eine gewisse Form vorgeschrieben haben. So z. B. len Staatsgüter anders nicht, als nach vorhergegangem öffentlichen Anschlage, an den Meistbietenden verpach werden[25]), und bei den zum Privateigenthum des :genten gehörigen Gütern soll die Verpachtung gericht-, ohne Zeitbestimmung, und unter hinlänglicher Bürgaft geschehen[26]). Ausserdem wird weder ein schriftli-

Von dem Unterschiede zwischen Kauf und Pacht handeln 'INNIUS Comm. ad Institut. Lib. III. Tit. 25. und BAUM-IER cit. Exercitat. Cap. I. §. 11.

S. den 16. Theil §. 975.

L. 3. *Cod. de locat. praedior. civ.* Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract. §. 901.

L. 1. *Cod. de locat. praedior. civ.* S. PEREZ Praelect. Cod. Lib. XI. Tit. 70. nr. 4. et 5. und Westphal a. a. O. . 900.

cher Aufsatz[27]), noch sonst eine andere Form zur Gültigkeit dieses Contracts erfordert[28]). Es kann daher der Mieth- und Pachtcontract, so wie jeder andere Consensual-Contract, sowohl ausdrücklich als stillschweigend errichtet werden[29]). Mehrere Rechtsgelehrte[30]) sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, der Miethcontract könne zwar stillschweigend erneuert, aber nie anders errichtet werden, als mit ausdrücklicher Einwilligung der Contrahenten, weil er wesentlich die Bestimmung eines gewissen Miethgeldes erfordere[31]). Allein Leyser[32]) und Stru-

27) *L.* 24. *Cod. de locato et cond.* Contractus locationis conductionisque *non intervenientibus etiam instrumentis* ratus habeatur.

28) *L.* 1. *D. h. t.* Locatio et conductio, cum naturalis sit, et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio.

29) *L.* 2. *pr. et* §. 1. *D. de obligat. et act.* Consensu fiunt obligationes in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. S. Müller Observat. pract. ad *Leyserum.* T. II. Fasc. II. Obs. 435. Walch Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 11. Westphal §. 925. a. E. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 860.

30) Bachov ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIX. Th. 1. Lit. C. Brummer cit. Exercit. Cap. III. §. 2. *Io. Ortw.* Westenberg Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 22. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXIX. Th. 6.

31) *L.* 52. *pr. D. de donat. int. vir. et uxor.* *L.* 25. *pr. D. h. t.*

32) Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIII. med. 1.

ben[33]) haben diese Meinung schon längst zur Genüge widerlegt. Man wendete zwar ein, in §. 1. *I. h. t.* und *L. 22. D. de praescript. verbis* werde ausdrücklich gesagt, daß das Geschäft kein Miethcontract sey, wenn kein Miethgeld bestimmt worden, sondern ein unbenannter Contract vorhanden sey. Allein man kann das immerhin zugeben, und doch bleibt der Satz richtig, daß der Miethcontract auch stillschweigend errichtet werden könne, weil ja das Miethgeld, wie nach Leysers Bemerkung an mehreren Orten der Fall ist, durch Gesetze oder Gewohnheit bestimmt seyn kann. Denn ist hier auch wegen der Bezahlung nichts verabredet worden, so versteht sich's, daß man in das schon in einem solchen Falle hergebrachte Miethgeld eingewilligt habe, wenn übrigens kein solcher Fall vorhanden ist, wo rechtlich vermuthet werden könnte, daß man dem Andern den Gebrauch seiner Sache umsonst habe einräumen, oder ihm die Dienste ohne Lohn habe leisten wollen[34]). Daß eine Relocation, Wiederpacht, sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen könne, ist eine allgemein anerkannte Wahrheit[35]). Sie setzt jedoch

33) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 58.

34) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 891.

35) *Em. Christ. von* ESSEN Pr. de renovatione contractus locationis et conductionis. *Gryph.* 1766. *Frid.* PHILIPPI Diss. de relocatione et reconductione tacita. *Lipsiae* 1678. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exerc. de tacita relocatione; in EIUSD. *select. jurisprud. civ.* P. II. Exerc. XL. p. 638. sqq. *Io.* HARTMANN Diss. de tacita locatione conductione. *Ienae* 1724. *Io. Ad.* KUNZ Diss. de relocat. tacita. *Marburgi* 1741. *Car. Frid.* WINCKLER Epist. de relocatione tacita,

voraus, daß der Contract unter ebendenselben Personen in Rücksicht des nämlichen Gegenstandes erneuert werde, unter welchen die erste Vermiethung oder Verpachtung war errichtet worden. Verkauft daher der Vermiether das Haus, der Käufer läßt aber den Miethsmann nachher wie vorhin darin wohnen, ohne ihn, wozu er allerdings berechtigt wäre, zu vertreiben, so ist dieß nicht sowohl eine Relocation, als vielmehr ein zwischen dem Käufer und Miethsmann stillschweigend von neuem geschlossener Miethcontract[36]). Die vorigen Bedingungen bleiben jedoch bei der Relocation nur insofern, als dieselben von dem Willen der Partheien abhängen, und in sofern dauern auch die Sicherheitsrechte fort[37]). Hat hingegen ein Dritter für den Pächter Caution geleistet, so wird dessen Einwilligung von neuem erfordert, wenn sie sich auf die Relocation erstrecken soll[38]). Ein Wiederpacht nimmt jedoch nicht eher, als nach Endigung der ersten Vermiethung,

ad L. 13. §. ult. Pand. Loc. *Lipsiae* 1754. *Matth.* Paulsen Diss. de relocationes tacitae effectu in praediis urbanis. *Goettingae* 1775. *Franc.* Alef Diss. de tacitae relocationis termino quoad praedia rustica. *Heidelbergae* 1753. und *Ge. Aug.* Grote Diss. de relocatione et reconductione tacita operarum, maxime quousque et in quod tempus inita censeatur. *Goettingae* 1796.

36) S. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 58.

37) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIV. medit. 2. et 3. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11.

38) Vinnius Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 41. Pufendorf Observation. iuris univ. T. II. Obs. 42. *Io. Lud.* Schmid lib. sing. de fideiussore plane non obligato. §. 100. Man sehe jedoch Leyser c. l. med. 4.

seinen Anfang[39]). Alles dieß bestätigen folgende Gesetzstellen:

L. 13. §. 11. *D. h. t.* Qui, impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat. Huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit, et si reipublicae praedia locata fuerint.

L. 16. *Cod. h. t.* Impp. VALERIANUS et GALLIENUS: Legem quidem conductionis servari oportet, nec pensionum nomine amplius, quam convenit, reposci. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum, et in eadem locatione conductor permanserit, *tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.*

L. 7. *Cod. eodem.* Imp. ALEXANDER. Si, quum Hermes vectigal Octavarum[40]) in quinquennium

39) Irrig behauptet LEYSER c. l. medit. 1. der Wiederpacht nehme seinen Anfang erst von der Zeit an, wo der Pächter Früchte geerndtet hat. S. MÜLLER ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 436.

40) *Vectigal octavarum s. Octavarium* hieß der Zoll, der für die Ein- und Ausfuhr der Waaren bezahlt wurde, weil der achte Theil (Octava) davon abgegeben werden mußte. *L.* 7. *Cod. de vectigal. et commis.* Davon wurden auch die Publicani *Octavarii* genannt. *L.* 8. *C. eod.* S. SUETONIUS *in Calligula* Cap. 40. BURMANN Diss. de vecti-

continuum conduceret, fidem tuam obligasti; posteaque spatio eius temporis expleto, quum idem Hermes in conductione ut idoneus detineretur, non consensisti, sed cautionem tibi reddi postulasti: non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi, competens iudex non ignorabit.

Die Relocation kann sich nun entweder auf Sachen oder Dienste beziehen, und geschieht stillschweigend, wenn der Conductor nach geendigter Mieth- oder Pachtzeit den Gebrauch der Sache ohne Widerspruch des Locators fortsetzt, oder sich die gemietheten Dienste fortleisten läßt. Es fragt sich nun aber, wie lange die stillschweigende Relocation daure? Hier lassen sich folgende Fälle denken:

I. Es ist von der stillschweigenden Relocation fruchttragender Grundstücke die Rede. Diese bestimmt ein ganz entscheidendes Gesetz des röm. Rechts auf ein Jahr, wenn auch der erste Pacht sich auf eine weit längere Zeit erstreckt hätte. So lehrt Ulpian *L.* 13. §. *ult. D. h. t.*

Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, *ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum.* Sed et si secundo quoque

galibus populi Rom. Cap. IX. p. 145. und *Iac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Th. de fisci debitoribus T. III. pag. 506.

nno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium
ctum, eandem videri locationem in illo anno per-
ansisse. Hoc enim ipso, quod tacuerunt, con-
ensisse videntur. *Et hoc deinceps in uno quo-
ue anno observandum est.*

Daß dieß blos auf praedia rustica geht, ergibt
ch theils aus den vorhergehenden Worten: Eadem causa
rit, et si *reipublicae praedia* locata fuerint, theils
us dem Nachsatz: *In urbanis autem praediis alio iure
timur.* Man sieht hieraus, daß man bei der Bestim-
nung der Dauer der stillschweigenden Relocation die mög-
chst kürzeste Zeit angenommen habe, binnen welcher man,
ach der Natur der verpachteten Sache, den Haupt-
utzen davon ziehen könne. Diese ist nun bei den Land-
ütern ein Jahr, weil man von einem Landgute nur ein-
ial im Jahre die hauptsächlich beabsichtigten Früchte zieht,
icht auf kürzere Zeit, weil nicht zu jeder Zeit Nutzen da-
us gezogen werden kann, folglich die neue Pachtung
veckIos seyn würde. Zwar meinen Viele, diese Verord-
ung des römischen Rechts beziehe sich auf das milde Cli-
a Italiens, bei welchem man nach der von der unsri-
n ganz verschiedenen Wirthschaftsweise der Römer in
nem Jahre ein Landgut völlig habe benutzen können[41]).
)a aber dieß in Deutschland nicht immer möglich sey,
glaubt man in Beziehung auf die heut zu Tage übliche
)reifelderwirthschaft nun zur Regel annehmen zu müs-
n, daß bei uns die stillschweigende Verlängerung eines

l) *Iust. Henn.* Boehmer Diss. de iuribus diversis ex diver-
sitate climatum natis. Halae 1742. §. 14.

Pachts gewöhnlich drei Jahre dauere[42]). Andere[43]) hingegen nehmen zwar noch jetzt ein Jahr als Regel an, wenn das Grundstück ein solches ist, welches Jahr aus Jahr ein benutzt werden kann, wie z. B. bei Gärten, Wiesen und Weinbergen der Fall ist, bei andern Grundstücken hingegen, deren vollkommene Benutzung eine längere Zeit erfordert, müsse auch die stillschweigende Relocation auf längere Zeit erstreckt werden. Noch Andere[44]) sagen, die Zeit der stillschweigenden Relocation bei Landgütern sey nach der Verschiedenheit derselben verschieden, sie daure bald 1, bald 2, bald 3, bald 4, bald 5 Jahre, nämlich so lange, als erfordert wird, um das Pachtgut in allen seinen Theilen vollkommen zu benutzen. Allein alle diese Meinungen beruhen auf einer doppelten petitio principii. Erstens, daß bei dem stillschweigenden Wiederpacht eine völlige Benutzung des Gutes in allen seinen Theilen versprochen sey, und zweitens, daß die Römer bei ihrem milden Clima und nach ihrer Wirthschaftsweise in jedem Jahre jeden Theil eines Landguts

42) Kuntz cit. Diss. §. 12. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 891.

43) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 73. Wernher Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 16. T. II. P. VII. Obs. 136. Willenberg cit. Exercitat. §. 9. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

44) Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 10. Frantzkius Comment. ad Dig. h. t. §. 18. *Ant.* Faber Cod. def. forens. Lib. IV. Tit. 41. Def. 45. Connanus Commentar. iur. civ. Lib. VII. Cap. 11. nr. 20. Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pacht-Contract. §. 905.

lllig ausgenutzt hätten. Daß nun aber dem nicht so y, hat Herr Prof. Schrader[45]), und schon vor ihm r verstorbene Regierungsrath und ehemalige Professor r Rechte zu Heidelberg Franz Alef[46]), aus den al- n landwirthschaftlichen Schriftstellern der Römer ganz utlich gezeigt. So belehrt uns z. B. Varro[47]), daß ch bei den Römern zweierlei Arten, das Land zu bebauen, wöhnlich waren. Entweder es wurde Jahr aus Jahr ein ltivirt — *terra restibilis*, oder man ließ es von Zeit zu it, gewöhnlich ein Jahr um das andere, brach liegen, — *rvactum, ager novalis.* Letzteres empfahl besonders irgil[48]) den Landwirthen, und Plinius[49]) hielt dieß

) Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. (Hannover 1808. Nr. 2. S. 24. f.)

) Cit. Diss. de tacitae relocationis termino quoad prae- lia rustica. Cap. II. et III.

De re rustica Lib. I. c. 44. §. 2. et 3. (In *Scriptor. rei usticae* Vol. I. pag. 140. *Edit. Bipontin.*) Illud quoque multum interest in rudi terra, an in ea seras, quae quo- annis obsita sit, quae vocatur *restibilis:* an in *vervacto,* uae interdum requierit. Derselbe Varro erklärt dieß och weiter *de Ling. Lat.* Lib. IV. *Ager. restibilis,* qui re- stituitur ac reseritur quotquot annis, contra qui inter- nittitur, a novanda *novalis ager.* Merkwürdig ist noch olgende Stelle aus Plinii sec. *Histor. natur.* Lib. XVIII. ap. 49. §. 2. (*Edict. bipontin.* Vol. III. pag. 267.) Quod ere semel aratum est, a temporis argumento *vervactum* ocatur. Hoc in *novali* aeque necessarium est. *Novale* st, quod alternis annis seritur.

Georgic. Lib. I. v. 71. sqq.

Plinius *Hist. nat.* Lib. XVIII. Cap. 50. pag. 270. *Vir- ilius* alternis cessare arva suadet: et hoc, *si patiantur*

ebenfalls für das Nützlichste, wenn man hiezu hinreichend große Fluren besaß. Erlaubte dieß aber die Beschaffenheit des Ackers nicht, so hatte zwar fortgehende Bebauung statt, doch so, daß mit den Früchten gewechselt wurde. Die Zweifelderwirthschaft scheint indessen bei den Römern die Regel ausgemacht zu haben. Denn Varro[50]) sagt ausdrücklich: *Agrum alternis annis relinqui oportet*, aut paulo levioribus sationibus serere, id est, quae minus sugunt terram. Mit ihm stimmt auch Plinius[51]) überein. Es gab selbst einzelne Fruchtarten, die man nicht alle Jahre erndtete. So z. B. trugen die Oelbäume, von denen die Römer nicht nur ganze Gärten (Oliveta) hatten, sondern welche sie auch bisweilen in den Getreidefeldern anpflanzten, in zwei Jahren nur einmal Früchte[52]). Sollte dieß Alles dem großen Ul-

ruris spatia, utilissimum procul dubio est. Quod si neget conditio, far serendum, unde et lupinum, aut vicia, aut faba sublata sint, et quae terram faciant laetiorem.

50) Cit. loc. cap. 44. p. 140. Man sehe auch Alex. Adam's Handbuch der röm. Alterthümer, aus dem Engl. übersetzt von Meyer. 2. Th. S. 1013.

51) Cit. loc. Vol. III. pag. 270. *edit. bipont.*

52) Columella *de re rustica* Lib. V. cap. 8. (*Scriptor. rei rusticae Vol. II. edit. bipont.* pag. 224.) Omnis tamen arboris cultus simplicior, quam vinearum est, longeque ex omnibus stirpibus minorem impensam desiderat olea, quae prima omnium arborum est. *Nam quamvis non continuis annis, sed fere altero quoque fructum afferat*, eximia tamen eius ratio est, quod levi cultu sustinetur, et cum se non induit, vix ullam impensam poscit. — *Potest*

ian unbekannt gewesen seyn, welcher, wie uns die *L.* 4. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.* lehrt, selbst Praefectus annonae war? und dennoch sagt dieser römische Jurist, die stillschweigende Relocation sey bei Landgütern immer nur von dem Jahre zu verstehen, wo die Contrahenten geschwiegen haben, zum offenbaren Beweise, daß Ulpian bei dieser Bestimmung von einem Jahre für die Zeit des Wiederpachts eines Landguts nicht daran gedacht habe, daß die Zeit der stillschweigenden Relocation gerade einen solchen Zeitraum umfassen müsse, welcher erfordert wird, um das Pachtgut in allen seinen Theilen vollkommen zu benutzen. Denn sonst würde er, in Beziehung auf den, auch bei den Römern die Hauptsache ausmachenden Ackerbau, oder auch bei dem Oelbau, gewiß zwei Jahre bestimmt haben. Dahingegen stimmt Ulpians Ausspruch sehr wohl mit der Voraussetzung zusammen, daß der stillschweigende Wiederpacht auf die kürzeste Zeit gehe, binnen welcher man den Hauptnutzen des gepachteten Guts ziehen könne. Dieser ist nun aber blos die Erndte eines Jahres. Denn weiter, als auf das Jahr, wo die Contrahenten geschwiegen haben, läßt sich ihre Einwilligung nicht ausdehnen, weil eine Verlängerung auf mehrere Jahre leicht in eine Unbilligkeit und Härte gegen die Contrahenten ausarten könnte, indem die Pachtpreise inzwischen beträchtlich steigen oder

tamen in agro frumentario seri. Auch gehört hieher, was *M.* Terentius Varro *de re rust.* Lib. I. cap. 55. (*Scriptor. rei rustic.* Vol. I. pag. 147.) sagt, aus welcher Stelle ich nur die Worte ausheben will: ut haec non minima causa, *quod oliveta dicant alternis annis non ferre fructus, aut non aeque magnos.*

fallen können, und es, wie Herr Prof. Schrader[53]) sehr richtig bemerkt, unbillig seyn würde, die Nachläßigkeit, welche in dem Stillschweigen weniger Wochen enthalten ist, mit einem mehrere Jahre hindurch bedeutend anwachsenden Schaden zu bestrafen. Hiezu kommt, daß man, wie die Erfahrung lehrt, auch schon bei der Bestimmung des Pachtgeldes darauf rechnet, ob der Nutzen des Grundstücks in jedem Jahre der nämliche ist, oder das Gut nicht immer in jedem Jahre gleichmäßig benutzt werden kann, indem im letzteren Fall auch gewiß ein geringeres Pachtgeld gegeben wird, als in dem ersteren, so daß also im Durchschnitt immer der Pächter in jedem Jahre einen dem bestimmten Pachtgelde proportionirlichen Nutzen zieht. Mit Recht behaupten daher die heutigen Rechtsgelehrten[54]), daß die Bestimmung des römischen Rechts von einem Jahre bei der stillschweigenden Relocation der Landgüter auch in Deutschland unbedingt anzunehmen sey.

II. Es ist von praediis urbanis, d. i. von solchen unbeweglichen Sachen die Rede, welche keine natürlichen Früchte tragen, wohin besonders Wohnhäuser gehören. Hier bestimmt das römische Recht keine gewisse Zeit, wie lange die stillschweigende Relocation dauern solle, sondern es kann das Verhältniß von jedem Theile nach Gefallen

53) In den angef. Abhandlungen 1. B. Nr. 2. §. 7.

54) Müller Syst. Pand. ad fora Germ. applicat. §. 668. not. g. Hofacker Princip. iur. civ. R. Germ. Tom. III. §. 1978. in fin. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Th. §. 860. Schweppe röm. Privatrecht. 2. Bd. §. 421. besonders Schrader a. a. O. und Alef cit. Diss.

aufgekündigt werden. Die hierher gehörigen Worte Ulpians lauten folgendermassen:

In ***urbanis*** autem ***praediis*** alio iure utimur: *ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur.*

In den Basiliken[55]) ist diese Stelle auf folgende Art übersetzt: ἐπὶ δὲ τῶν οἴκων ὑπὲρ ὅσου χρόνου μείνῃ τὶς ἐνέχεται. i. e. *In aedibus autem, prout quis habitaverit, tenetur.* Nach dem Wortverstand beider Texte ist also bei Häusern der Miethsmann nur für die Zeit verpflichtet, wo er wirklich in dem Hause gewohnt hat. Dieß ist auch ganz der Natur der Sache gemäß, weil eine Wohnung in jedem Augenblick gleichmäßig Nutzen schafft. Bei Häusern war also keine Nothwendigkeit vorhanden, so, wie bei Landgütern, von denen man nur einmal im Jahre die hauptsächlich beabsichtigten Früchte zieht, für die Dauer der stillschweigenden Relocation eine so lange Zeit zu bestimmen. So wenig dieses einigem Zweifel unterworfen zu seyn scheint, so sehr hat man sich dennoch von den Zeiten der Glossatoren an über den Sinn jener Worte gestritten. Es gibt darüber dreierlei Erklärungen: Einige[56]) verstehen die Worte: *prout quis-*

55) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. XIII. §. 10. p. 420. edit. *Fabroti.*

56) *Herm.* VULTEJUS Commentar. ad Instit. Lib. III. Tit. 25. pr. nr. 12. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. HOPPE Comm. ad Inst. h. t. pr. WINCKLER Commentat. de relocat. tacita. Besonders *Matth.* PAULSEN Diss. cit. de relocationis tacitae effectu in praediis urbanis. §. 10. sqq. und Joh. Ludw. Schmidt in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius. 2. B. Nr. XCV. §. 7.

que habitaverit, von der Zeit, welche die erste Vermiethung gedauert hat, prout quisque *antea* habitaverit. War also die Wohnung auf ein viertel oder halbes Jahr oder auf ein Jahr gemiethet, so sey auch die stillschweigende Relocation auf so lange Zeit anzunehmen. Eine willkührliche Aufkündigung des Contracts, sagen diese, könne darum nicht gestattet werden, weil dieses gegen die bona fides streite, welche Festhaltung eines geschlossenen Contracts gebiete, überdieß ohne Bestimmung einer gewissen Miethzeit auch kein bestimmtes Miethgeld denkbar sey. Man glaubt auch noch einen Grund für diese Meinung in der *L.* 14. *D. h. t.* zu finden, wo derselbe Ulpian sagt:

Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, *ex integro* locare.

Diese Worte will man so verstehen, daß die stillschweigende Wiedervermiethung auf so lange Zeit anzunehmen sey, als die erste Vermiethung gedauert hat. Allein diese Stelle gehört offenbar nicht hierher. Die hier gebrauchten Ausdrücke: colonus, in fundo esse, beweisen vielmehr, daß von einem verpachteten Landgute die Rede sey. Nun will ja Ulpian nicht, daß bei der stillschweigenden Relocation der Landgüter auf die Zeit der ersten Verpachtung gesehen werden soll, warum also bei den Häusern, bei denen doch der Grund, warum bei jenen wenigstens ein Jahr zum Relocationstermin bestimmt werden mußte, wegfällt? Sollte hier die Relocation auf so lange angenommen werden, als die erste Vermiethung verabredet worden, so würde ja hier das Stillschweigen oft auf wei-

tere Zeit ausgedehnt, als selbst bei den verpachteten Landgütern, und dennoch scheint dem Ulpian, wie Herr Prof. Schrader[57]) sehr richtig bemerkt, der allgemeine Gedanke vorgeschwebt zu haben, daß die stillschweigende Relocation die möglichst kürzeste Zeit hindurch däure, binnen welcher man nach der Natur der locirten Sache den Hauptnutzen davon ziehen könne. Die Worte der *L.* 14. *ex integro* **locare dominus intelligitur**, stehen auch gar nicht entgegen. Denn sie gehen nicht auf die Zeit der Relocation, sondern auf die stillschweigende Erneuerung des Contracts überhaupt, wie auch die Basiliken[58]) bestätigen, wo die Worte: *ex integro* durch *ὡς ἀπὸ νέας συναιέσεως*, d. i. *quasi ex novo consensu*, übersetzt werden. Das Miethgeld läßt sich auch sehr wohl für die Zeit bestimmen, wo der Miethsmann nach Endigung der ersten Miethe das Haus bewohnt hat. Denn daß bei der ersten Vermiethung das Miethgeld bestimmt gewesen seyn müsse, versteht sich ja von selbst. Andere[59]), deren Meinung auch die heutigen Rechtsgelehrten[60]) fast durchgehends annehmen, er-

57) In den angef. Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. 2. §. 2. S. 26.

58) Tom. II. pag. 420.

59) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 10. *Ulr.* Huber Eunom. Rom. ad. L. 13. §. ult. D. h. t. §. 1. p. 704. Frantzkius Comm. ad Pand. h. t. nr. 17. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 68. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 135. Leyser Meditat. ad Pand. Tom. III. Specim. CCIV. medit. 5. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

60) Westphal §. 905. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 891. Not. 3. S. 948. Mal-

klären daher die Worte: *prout quisque* habitaverit, richtiger von der Zeit, wo der Miethsmann, finita prima locatione, in der Wohnung geblieben ist. Nach dieser Erklärung ist also der Sinn der angeführten Worte der, daß bei vermietheten Häusern und Wohnungen die stillschweigende Relocation nur so lange dauere, als kein Theil dem andern aufkündigt. Der Miethsmann bezahle dann den Miethzins blos für die Zeit, wo er über den ersten Contract in der Wohnung blieb. Nun gibt es noch Rechtsgelehrte [61]), welche die gedachten Worte sowohl auf die Location als Relocation beziehen. Sie sagen, bei Wohnungen sey nicht so, wie bei Landgütern, schon durch die Natur der Sache selbst, für die Dauer des Contractsverhältnisses, eine gewisse Zeit bestimmt, sondern der Miethsmann sey nur immer für die Zeit verpflichtet, die er wirklich gewohnt hat, wofern nicht ausdrücklich eine Dauer des Contracts verabredet ist. Natürlich müsse also eben dieß auch bei der stillschweigenden Relocation gelten.

Eine Ausnahme wird zwar allerdings Statt finden, wenn gleich Anfangs bei der ersten Vermiethung eine gewisse Zeit ausdrücklich festgesetzt worden ist, wie lange die Vermiethung nach Ablauf der ersten Miethzeit stillschweigend für erneuert angenommen werden solle, wenn

BLANC Princip. iur. Rom. §. 557. Thibaut System des Pand. Rechts 2. Bd. §. 860. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 506. Schrader a. a. O. Schweppe röm. Privatrecht 2. Bd. §. 421. u. a.

61) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. I. pag. 458. Weber zu Höpfners Commentar a. a. O. S. 949.

kein Theil dem andern aufgekündigt hätte. Auch Ulpian hat selbst seiner gegebenen Regel eine Ausnahme beigefügt, welche so lautet:

nisi in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est.

Die Basiliken haben diese Worte so übersetzt: εἰ μὴ δῆλος χρόνος ἐγγράφως ὁρισθῇ τῇ μισθώσει. i. e. *nisi in scriptis certum tempus conductioni praestitutum sit.* Es fragt sich nur, was Ulpian darunter verstanden, und ob er etwa jene Ausnahme gemeint habe? Dieß ist ebenfalls sehr streitig. Viele[62]) behaupten das Letztere. Aber auch eben so Viele erklären die angeführten Worte von der Zeit der ersten Vermiethung, stimmen jedoch unter sich wieder über den Sinn der Worte *in scriptis* nicht überein. Nach Einigen[63]) sollen sie so viel heißen: wenn der erste Contract schriftlich errichtet, und darin die Miethzeit bestimmt worden, so daure die stillschweigende Relocation eben so lange, als die erste Miethzeit. Der schriftliche Aufsatz müsse also nicht blos zum Beweise, sondern zur Substanziirung des Contracts hinzugekommen seyn, wenn die stillschweigende Erneuerung der Miethe sich auf die erste Miethzeit erstrecken solle. An-

62) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 71. Leyser Specim. CCXIV. med. 5. Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. Malblank Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract. §. 905.

63) *Io. Henr.* de Berger Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 20. Not. 1. und *Frid.* Brummer Ex. de locat. et conduct. Cap. III. §. 4. in fin.

die erstere die natürlichste zu seyn scheint, welche auch dem Gegenstande, wovon das Gesetz redet, am angemessensten ist. Denn es ist schwer zu begreifen, warum bei den praediis urbanis die stillschweigende Relocation, um des schriftlichen Contracts willen, gerade auf ein Jahr, wie bei den praediis rusticis, oder auch auf so lange, als die erste Miethzeit verabredet war, sich erstrecken solle, da bei den praediis rusticis, bei denen doch mehr Grund dazu vorhanden gewesen wäre, auf die Zeit der verabredeten ersten Verpachtung gar keine Rücksicht genommen werden soll, und der Grund, warum bei dem stillschweigenden Wiederpacht der Landgüter ein Jahr angenommen wird, auf die praedia urbana gar nicht paßt. Man kann indessen, der oben angeführten Ausnahme unbeschadet, Ulpians Worte gar füglich auch von der ersten Vermiethung der Wohnung verstehen, und man wird daraus ungezwungen einen ganz vernünftigen und der Sache angemessenen Sinn erhalten. Nämlich bei der Miethung der Wohnungen bekümmert man sich gewöhnlich blos darum, was man für einen gewissen Zeitabschnitt, z. B. vierteljährlich, halbjährlich oder jährlich, an Miethzins zu bezahlen hat. Man macht sich aber nicht leicht verbindlich, eine bestimmte Zeit von Jahren in der Wohnung bleiben zu wollen. Es ist also der Contract mit jedem Zeitabschnitte, wo man das Miethgeld zu bezahlen pflegt, auch geendigt. Bleibt nun der Miethsmann dennoch mit Willen des Vermiethers nach wie vor in der Wohnung, so ist der Contract stillschweigend erneuert. Daß aber der Miethsmann sich dadurch auch stillschweigend verpflichtet habe, wieder so lange, als vorher, in dem Hause bleiben zu wollen, liegt weder in dem Be-

griff der stillschweigenden Relocation, noch in den Worten des Gesetzes. Diese lehren uns vielmehr ganz klar, daß der Miethsmann nur auf so lange verpflichtet sey, als er wirklich in dem Hause gewohnt hat. Er kann also abziehen, wenn er will, und zahlt dann nur bis auf die Zeit seines Abzugs den Miethzins. Eine Ausnahme würde nun aber freilich alsdann Statt finden, wenn gleich Anfangs in dem darüber schriftlich aufgesetzten Miethcontracte eine gewisse Zeit, wie lange die Miethe dauern soll, festgesetzt worden wäre. Hier kann dann kein Theil dem andern vor Ablauf dieser Zeit die Miethe aufkündigen[69]). Es läßt sich aber

III. der Fall denken, daß bei dem vermietheten Hause einige Länderei, oder bei dem verpachteten Landgute eine Wohnung befindlich und das Mieth- oder Pachtgeld dafür in einer Summe bestimmt worden ist. Nach welchen Grundsätzen ist hier die stillschweigende Relocation zu beurtheilen? Das Gesetz hat nicht bestimmt, welches Praedium in diesem Falle den Vorzug haben solle. Nach der Rechtsanalogie dürfte es aber darauf ankommen, welches die Absicht der Contrahenten dabei gewesen sey. War nämlich gleich Anfangs bei Errichtung des Miethcontracts das Hauptabsehen der Contrahenten blos auf das Praedium urbanum, nämlich auf die eigentliche Wohnung gerichtet, und der dabei befindliche Garten oder die sonstige Länderei nur als Nebensache angesehen, so würde der Con-

69) So erklären diese Stellen auch *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. in fin. und Lud. Fried. Griesinger im Commentar über das Würtemberg. Landrecht. 4. Band S. 971. f.

tract in der Hauptsache als über ein praedium urbanum geschlossen anzusehen und zu beurtheilen seyn. Wäre hingegen die Hauptabsicht der Contrahenten auf das Praedium rusticum und den damit verknüpften Nahrungszweig gerichtet, so daß die dabei befindliche Wohnung nur das Accessorium ausmachte, so würde alsdann in der Hauptsache eine Locatio et conductio praedii rustici zum Grunde zu nehmen seyn[70]).

IV) Ist von beweglichen Sachen die Rede, welche den Nutzen, wozu sie gemiethet worden sind, zu jeder Zeit gewähren, z. B. von gemietheten Pferden, so heißt es auch hier, wie bei den Wohnungen: prout quisque usus fuerit, ita et obligatur[71]).

V) Ueber die stillschweigende Relocation der Dienste findet sich keine bestimmte Verordnung in dem röm. Recht. Die hier eintretenden Rechtsgrundsätze müssen daher nach

70) S. Ernst Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten. 1. Bd. Nr. XXIX. S. 119. ff.

71) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. Titius iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 6. §. 3. Willenberg Ex. de tacita relocatione §. 10. Zwar will Saliectus ad L. 16. C. h. t. läugnen, daß bei beweglichen Sachen eine stillschweigende Relocation Statt finde, weil sich der Miether eines furti usus schuldig mache, wenn er die gemiethete Sache über die bestimmte Miethzeit behalte. Allein eine stillschweigende Relocation beruht ja auf der Einwilligung des Eigenthümers, welcher dem Miethsmann den fernern Gebrauch der Sache gestattet. Hier läßt sich kein furtum denken. *L. 46. §. 7. D. de furt.* S. *Io.* Hartmann Diss. de tacita locatione conductione. *Ienae* 1724. §. 28.

r Analogie der *L.* 13. §. *ult. D. h. t.* bestimmt wer-
n[72]). Es kommt daher vor allen Dingen darauf an,
die Dienste zur Errichtung eines ganzen Werks ge-
iethet worden sind, oder nicht. In dem ersteren Falle ist
ch der Natur der Sache anzunehmen, daß die stillschwei-
nde Relocation auf so lange geschehen sey, als erfordert
rd, um das Ganze auszuführen. In dem letzteren Falle
ngegen ist wieder zu unterscheiden, ob von Taglöhner-
beiten oder von solchen Diensten die Rede ist, die auf
e längere Zeit geleistet werden. In Ansehung der er-
ren dauert die stillschweigende Relocation immer nur auf
n Tag, wo die Dienste geleistet werden. Bei den letz-
en aber ist wieder ein Unterschied zu machen, ob die
ienste zum Nutzen der Landwirthschaft gemiethet worden
d, (operae rusticae) oder zu einem andern erlaubten
dtischen Gebrauch (operae urbanae). Im ersteren Falle
nach der Analogie die stillschweigende Relocation bei
 Land-Gesinde-Diensten immer von einem Jahre zu
stehen; denn auf solche Dienste paßt der Grund, war-
 bei Landgütern der stillschweigende Wiederpacht ein
hr dauert, weil sie hauptsächlich zu gewissen Zeiten des
hrs, nämlich zur Bestellzeit, zur Erntezeit, und zur
it der Weinlese den beabsichtigten Nutzen gewähren[73]).

) S. *Ge. Aug.* Grote Diss. de relocatione et reconduc-
tione tacita operarum. *Goettingae* 1796.

) S. Grote Diss. cit. §. 11. Hiermit stimmen auch meh-
ere deutsche Landesgesetze überein. S. das allgemeine
Landrecht für die preuß. Staaten. 2. Th. 5. Tit.
§. 114. Ferner die Chur-Braunschweig-Lüneburg.
Landes-Gesetze 3. Th. S. 212. u. 213.

Mit den städtischen Gesinde- und Lohn-Diensten verhält sich die Sache anders. Diese haben mit den praediis urbanis das gemein, daß sie zu aller Zeit genutzt werden können. Solche Dienste können daher auch in jedem Augenblick als vollendet angesehen werden. Es tritt daher bei ihnen die Regel ein, welche bei praediis urbanis gilt, daß die stillschweigende Relocation so lange dauert, bis ein Theil dem andern den Dienst aufkündigt[74]). Dieß sind die Grundsätze des gemeinen Rechts, welche noch jetzt zur Anwendung gebracht werden müssen, wo es an besonderen Vorschriften der Landesgesetze fehlt[75]). Denn daß letztere vor den ersteren den Vorzug haben, versteht sich von selbst.

§. 1046.

Die Einwilligung muß frei, und die Contrahenten müssen dieses Geschäfts fähig seyn.

Aus dem ersten Erforderniß dieses Contracts folgt 1) daß Jeder miethen und vermiethen, pachten und ver-

74) Grote Diss. cit. §. 9. et 10. Nach dem preuß. Landrecht a. a. O. wird bei dem städtischen Gesinde die Verlängerung auf ein Viertel-Jahr gerechnet.

75) Das allgemeine Landrecht für die preuß. Staaten 1. Th. Tit. 21. §. 328. ff. hat die Dauer der stillschweigend erfolgten Verlängerung bei Grundstücken ohne Unterschied in der Regel auf ein Jahr bestimmt. Wäre jedoch in einem auf mehrere Jahre geschlossenen Contracte der Zins auf die mehreren Jahre zusammen genommen bestimmt, so soll sich die stillschweigende Verlängerung auf die ganze Dauer der ersten contractmäßigen Zeit erstrecken. Ist bei verpachteten Landgütern der Acker in gewisse Felder eingetheilt, so wird der stillschweigend fortgesetzte Pacht um soviel Zeit für verlängert geachtet, als erforderlich ist, daß der Pächter sämmtliche Felder nach landüblichem Wirthschaftsgebrauche nutzen könne.

pachten kann, welcher eine verbindliche Einwilligung zu erklären, und, sofern Sachen den Gegenstand des Contracts ausmachen, über das Seinige zu disponiren fähig ist. Diese Fähigkeit wird auch zur Erneuerung des Miethcontracts erfordert. Fällt daher der Vermiether in Wahnsinn, so kann auch das Stillschweigen die Wirkung einer Relocation nicht haben[76]). Doch kann der Pacht mit Einwilligung des Curators erneuert werden[77]). Manchen Personen verbieten jedoch die Gesetze, ihres Standes und Berufs wegen, Landgüter zu pachten. Dahin gehörten 1) die Magistrate in den Municipal-Städten (*Curiales, Decuriones*[78]). Nach den Gesetzen der Pandecten war den Curialen zwar nur das Pachten öffentlicher Güter und Zölle verboten[79]); jedoch konnte der Decurio, als Erbe des Pächters, einen solchen Pacht fortsetzen[80]). Auch nahm Kaiser Theodos der Große die Aegyptische Diöces überhaupt von diesem Verbote aus[81]). Allein der Kaiser Theodos II. dehnte das Verbot auf alle Pachtungen aus, und erklärte den Contract für nichtig, ohne alle Aus-

76) *L.* 14. *D. h. t.* Et ideo, si interim dominus furere coeperit, — fieri non posse *Marcellus* ait, ut locatio redintegretur; et hoc est verum. S. Westphal §. 906.

77) Voet Comm. h. t. §. 11. in fin.

78) *Frid.* Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. II. §. 14. not. 79.

79) *L.* 2. §. 1. *D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* *L.* 6. §. 2. *D. de decurionib.*

80) *L.* 4. *D. de Decurionib.*

81) *L.* 79. *Cod. Theod. de Decurionib.*

nahme[82]). 2) Soldaten. Diese sollen weder Ländereien pachten, noch sich für Pächter verbürgen, bei Verlust ihres Dienstes und ihrer Ehre[83]). Der Verpächter soll auch mit keiner Klage gegen einen solchen Pächter gehört werden, er müßte denn etwa nicht gewußt haben, daß der Pächter ein Soldat sey[84]). 3) Kaiserliche Hofbediente (**Palatini, qui in officio rei privatae Principis militabant**). Diese sollen nur keine fiscalischen Güter pachten, zu deren Oberaufsicht und Besorgung sie angestellt sind[85]). 4) Geistliche. Diese sollen weder Landgüter, noch öffentliche Einkünfte pach-

82) *L.* 30. *Cod. de loc. et cond. Nov.* THEODOSII IV. in Collect. Novellar. Imperator. Iustiniano anterior. edit. *Ritter.* (*Cod. Theod.* T. VI. P. II. p. 16.)

83) *L.* 31. *Cod. eodem.* Milites nostros alienarum rerum *conductores*, seu procuratores, aut fideiussores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus, ne, omisso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, et viciniis graves praesumtione cinguli militaris existant. — *L.* 35. *Cod. eodem.* — Iubemus itaque, omnes omnino, qui sub armis militant, sive maiores sive minores, — saltem in posterum *ab omni conductione alienarum rerum* temperare: scituros, quod ex ipso contractu ab initio sine aliquo facto vel aliqua sententia cadant militia, et non sit regressus eis ad pristinum gradum, neque beneficio imperiali, neque consensu vel permissu iudicis, sub quo tolerandam sortiti sunt militiam: ne, dum alienas res conductionis titulo esse gubernandas existimant, suas militias suamque opinionem amittant, ex militibus pagani, ex decoratis infames constituti. S. Westphal §. 913. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 16.

84) *L.* 50. *D. h. t.*

85) *L. un. Cod. Quib. ad conduction praed. fiscal.*

ten, noch sich für solche Pächter verbürgen. Nur Kirchengüter soll ihnen zu pachten erlaubt seyn, wenn es mit Einwilligung des Bischofs und des Oekonoms geschieht. Ausserdem sollen sie in eine Geldstrafe verfallen, und die Verpächter für allen daraus entstandenen Schaden verantwortlich seyn [86]). Man hielt bei allen den ausgenom-

86) *Nov. CXXIII. Cap.* 6. Sed nec susceptionem vel exactorem fiscalium functionum, vel *conductorem vectigalium aut alienarum possessionum*, vel curatorem domus vel administratorem, vel procuratorem litis, vel *fideiussorem pro illis causis*, Episcopum vel Oeconomum, vel alium cuiuscunque gradus Clericum vel Monachum proprio, vel Ecclesiae vel Monasterii nomine fieri permittimus, *ne per hanc occasionem et sacris domibus damnum inferatur, et sacra ministeria impediantur.* Attamen si possessiones quaedam ecclesiis vel monasteris adjacentes reperiantur, velintque earundem venerabilium domuum administratores in locationem et emphyteusin illas accipere, tunc, si omnes Clerici et Monachi de illis causis vel in ipso instrumento, vel apud Acta consentiant, atque declarent ad utilitatem venerabilium locorum hoc factum esse, locationem et emphyteusin illam procedere permittimus. *Clericis similiter, ut Ecclesiarum suarum possessiones conducant et administrent,* (*volente tamen Episcopo et Oeconomo*) *permittimus* etc. Add. *Cap.* 1. *et* 6. *X. Ne cler. vel monachi reb. secul. Cap.* 13. *X. de vita et honest. Clericor.* Neues ist übrigens hier nichts verordnet, was nicht alles auch schon in dem *Can.* 3. *Concil. Chalcedon.* vom Jahr 451. enthalten wäre. S. *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iur. controv. An locatio et conductio clericis et militibus sit prohibita? *Lipsiae* 1775. und *I. H.* Boehmeri Ius Eccles. Protest. T. II. Lib. III. Tit. 18. §. 7—9.

menen Personen ein solches Gewerbe theils unter der Würde ihres Standes, theils besorgte man bei ihnen eine daraus entstehende Dienstvernachlässigung, theils Begehung von Ungerechtigkeiten unter dem Ansehen ihres Standes. Diese Gründe sind, wo nicht das Subject selbst wegfällt, auch noch heut zu Tage von Gewicht; dennoch zweifeln mehrere Rechtsgelehrte[87]) an der heutigen Giltigkeit dieser Verordnungen des röm. Rechts. 5) Vormünder, so lange sie noch nicht Rechnung abgelegt haben, dürfen keine fiskalische Pachtungen eingehen. Verschweigen sie dieses Verhältniß, so sollen sie nach einer Verordnung des Krs. Severus als Falsarien bestraft werden. Dieser Constitution gedenkt Modestin in einer merkwürdigen Stelle, welche aus seinen griechisch geschriebenen Libris Excusationum sich griechisch und lateinisch in den Pandecten findet.

L. 49. D. h. t. *Οἱ ἐπίτροποι γενόμενοι ἢ κουράτορες, πρὶν ἐκτῖσαι τὰ τῆς κηδεμονίας, μισθωταὶ καίσαρος γενέσθαι κωλύονται*[88]). *Κἂν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο, προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ καίσαρος χωρίων ὡς παραποιήσας κολάζεται. Τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος.* §. 1. *Κατὰ ταῦτα δὲ καὶ οἱ χειρίζοντες ἐπιτροπάς ἢ κουρατορίας,*

87) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 66. Titius Iur. priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. VI. §. 5. von Kreitmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bav. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. S. 341. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institut. §. 885. Man sehe auch Breüning c. l. §. 12.

88) In den *Basilicis* Tom. II. pag. 433. edit. *Fabroti* heißt es: *οὐ γίνονται μισθωτοὶ τοῦ βασιλέως, ἢ τοῦ δημοσίου.*

κεκωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρά τοῦ ταμείου
ία. — *Tutores curatoresve constituti, prius*
n officii sui rationes reddant, prohibentur,
uid de patrimonio Caesaris conductum ha-
t; ac si quis id dissimulans, nihilominus ad
'ucenda Caesaris praedia accesserit, perinde
falsarius poena afficitur. Hocque sanxit
erator SEVERUS. §. 1. *Secundum quae sane*
ibiti erunt et a fisco conducere, qui tutelam
mve gerunt.

Die Verordnung der Kaiser Septimius Severus
Antonius Caracalla selbst ist die *L. un. Cod.*
utor vel curator vectigalia conducat. (*V.* 41).

Competens iudex non ignorat, non esse ad-
ndos ad vectigalia conducenda eos, qui pu-
um vel adolescentium tutelam, seu curam ad-
trant, vel qui eius administrationis rationem
um reddiderunt. Sed quamvis contra Inter-
m ad vectigal conducendum accesseris, tamen
am ultro me adiisti, si tam vectigali, quam
lis satisfeceris, falsi crimine carebis. Cum
fisco te iam obstrictum postea tutorem esse
n dicas, periculo te excusare poteris.

Derselben Constitution thut auch Marcian Erwäh-
L. 1. §. 9. *D. de Lege Cornel. de falsis.* Ex
uoque causa falsi poenae quis subjicitur, ut
quoque SEVERUS et ANTONINUS constituerunt,
tores et curatores, et qui officio deposito
estituerunt tutelam vel curationem, cum fis-
ontrahere non possint; ac si quis adversus
Legem profectus, aerario obrepserit: ut per-

inde puniatur, ac si falsum commisisset. §. 10. Sed ad illos hoc non pertinet (ut idem Principes scripserunt) qui, antequam tutelam susciperent, haec gesserunt: nec enim excusationes admisisse, sed fraudes exclusisse videntur.

Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen erhellt, daß der wahre Grund des Verbotes, welches den Vormündern fiskalische Güter zu pachten untersagt, so lange sie noch als Vormünder ihren Mündeln verpflichtet sind, darin beruht, weil der Fiskus wegen seiner Forderungen aus dem Contracte bei einem solchen Pächter keine hinlängliche Sicherheit haben würde. Denn es ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß den Pupillen und Minderjährigen schon zur Zeit der Kaiser Sever und Antonin, außer dem privilegium exigendi, welches ihnen unter den chirographischen Gläubigern einen vorzüglichen Platz einräumte[89]), auch eine stillschweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Vormünder zugestanden habe[90]). Es

89) *L.* 9. §. 1. *L.* 42. *L.* 44. §. 1. *D. de admin. tut. L.* 19. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid. L.* 25. *D. de tut. et rat. distr. L.* 52. §. 1. *D. de pecul.*

90) Viele wollen zwar den Ursprung der gesetzlichen Hypothek der Pupillen von Constantin dem Großen herleiten. S. Ferd. Aug. Meißners vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. §. 114. Allein die Worte der *L.* 20. *C. de admin. tut.* worauf man sich beruft: *minores sibimet vindicare minime prohibentur*, deuten sichtbar auf ein älteres Recht hin. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de Admin. tutor. (Tom. I. L. III. Tit. 19. pag. 365. sqq.) *Ios.* FINESTRES et de MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libr. ad

te also dem Fiskus allerdings daran gelegen seyn, mit solchen Gläubigern seines Pachtschuldners zu urriren, welche ihm bei der Unzulänglichkeit des Verens desselben vorgehen würden. Zwar hatte auch der us schon zu den Zeiten der Kr. Sever und Antoni unstreitig eine stillschweigende Hypothek auf dem Veren seiner Contractsschuldner[91]; allein sie mußte, als die jüngere, der pupillarischen Hypothek wei[92]). Daß hier nicht zunächst eine Störung im Amte cksichtigt war, ergibt sich daraus, weil der fiskali Pächter nur eine freiwillige Excusation hatte[93]). also nur der Fiskus mit seiner Forderung hinlänggesichert, so konnte sein Pächter immerhin auch Vord seyn. Hierauf geht auch das, was Marcian in oben angeführten *L.* 1. §. 10. *D. de lege Corn. de*

25. D. de tut. et rat. distr. §. 7. sqq. und *Arn.* Iken iss. de pupillorum ac minorum in bonis tutorum curarumve pignore atque privilegio. *Marburgi* 1779. Die Worte: *si eo nomine cautum non sit* in der *L. ult. D. de t. et rat. distrah.* gehen offenbar auf keine ausdrückliche erpfändung, sondern auf die gewöhnliche Caution der Voründer, und dieß ist keine Pfandgebung, sondern eine Sasdation durch Bürgen. *L.* 9. §. 1. *in fin. D. de admin. utor.* Vid. *Tit. Inst. de Satisdat. tut. et curator.* I. 24.

S. *Trgug.* Thomasii Diss. de origine atque progressu ypothecarum tacitarum ex LL. Rom. *Lips.* 1732. §. 14. *Th.* Seger Histor. iur. civ. de pignorib. tacite conactis. *Lipsiae* 1772. §. 15. u. Meißner a. a. O. §. 96.

L. 2. *C. In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. L.* *et* 4. *Cod. de privil. fisci.*

§. 1. *I. de Excusat. tut. et curat.*

fals. und die K. Sever und Antonin *L. un. Cod. Ne tut. vel curat. vectig. cond.* am Ende selbst sagen. Dagegen kann der Vormund, so lange er noch nicht seiner vormundschaftlichen Pflichten entlassen ist, auch noch jetzt keine fiskalischen Güter pachten, er müßte denn nachweisen, daß sowohl für den Fiskus als für den Pupillen hinlängliche Sicherheit vorhanden sey. Auf keine Weise aber darf er das vormundschaftliche Verhältniß dem Fiskus verschweigen, ohne sich eines Betrugs schuldig zu machen. Und so läßt sich der heutige Gebrauch des röm. Rechts mit Grund nicht bezweifeln[94]). Aus den Gesetzen hingegen ist es nicht zu erweisen, wenn es einige Rechtsgelehrte[95]) auch noch 6) zu den Ausnahmen rechnen, daß Handwerker, welche eine geräuschmachende Handthierung treiben, sich in der Nachbarschaft eines Gelehrten nicht einmiethen dürften. Denn die *L. un. Cod. de stud. liberal. urbis Rom.*, woraus man dieses Privilegium herleiten will, enthält kein Wort davon. Es ist eine Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian, worin die Zahl der Professoren in Rom für jedes Lehrfach bestimmt und befohlen wird, jedem Lehrer im Capitolium seinen Platz anzuweisen, wo er lehren soll, damit kein Lehrer dem andern, noch die Schüler einander, durch Geräusch hinderlich sind. **Habeat igitur,** heißt es darin, **auditorium**

94) S. *de* Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 21. und Höpfner Comment. über die Institut. §. 885.

95) Perez Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 18. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 16. *de* Berger Oecon. iur. c. l. Faber Staats-Kanzlei Th. 2. Kap. 6. nr. 11. sq. Kreitmayr Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. 4. Th. 6. Kap. §. 2. S. 340.

ecialiter nostrum in his primum, quos Romanae
›quentiae doctrina commendat, *Oratores*[96]) qui-
m, tres numero, *Grammaticos* vero decem. In his
am, qui facundia gravitatis[97]) pollere noscuntur,
inque numero sint *Sophistae*[98]), et *Grammatici*
que decem. Et quoniam non his artibus tantum
olescentiam gloriosam optamus institui, profun-
›ris quoquo scientiae atque doctrinae memora-
Magistris sociamus auctores. Unum igitur ad-
ıgi caeteris volumus, qui Philosophiae arcana
aetur; duos quoque, qui iuris ac Legum volun-
es pandant, ita ut unicuique loca specialiter
putata adsignari faciat tua sublimitas, *ne disci-
li sibi invicem possint obstrepere vel magistri*,
ve linguarum confusio permixta, vel vocum, aures
›rundam, aut mentes a studio literarum aver-

Oratores sind hier eben diejenigen, welche sonst *Rhetores*
enannt wurden, nemlich Lehrer der römischen Beredsamkeit.
›ratores werden sie auch *L.* 11. *Cod. de Profess.* genannt.

Gravitatis ist offenbar eine falsche Leseart. In dem Theo-
osianischen Codex, nämlich *L.* 3. *Cod. Theodos. de studiis
iberal.* steht *graecitatis*, i. e. graecae linguae.

Sophistae sind Lehrer der griechischen Beredsamkeit. Ihrer
eschieht auch *L.* 6. §. 11. *D. de Excusat.* Erwähnung.
Man vergleiche *Iac.* Gothofredi Commentar. ad h. L.
Tom. V. Cod. Theodos. pag. 229. ex edit. *Ritter.* Ferner
Glossar. Nomic. ebendaselbst Tom. VI. P. II. s. voc. *So-
phistae* und Günther über L. 6. §. 1. D. de Excusat.
in dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsam-
keit, herausgeg. von Hagemann und Günther. 1. Th.
Nr. XV. S. 324. ff.

tat[99]). Andere[100]) wollen zwar das vermeintliche Privilegium auf eine Observanz gründen; allein auch diese läßt sich nicht als allgemein erweisen. Sey indessen hierüber auch weder ein Gesetz noch eine allgemeine Observanz vorhanden, so sollte doch jede Obrigkeit, unter deren Schutz die öffentlichen academischen Lehrer das ihnen vom Staate anvertraute Amt ungestört müssen ausüben dürfen, von selbst dafür sorgen, daß kein Handwerker von lärmender Profession neben dem Hörsal eines Professors seine Werkstatt anlege und ihn dadurch in seinem Vortrage störe[1]).

II. Die Einwilligung muß frei seyn. Betrug, Furcht und Gewalt, auch Irrthum machen daher den Mieth- und Pachtcontract eben so, wie den Kaufcontract, ungiltig[2]).

III. Niemand kann zum Miethen und Vermiethen in der Regel gezwungen werden, wo nicht Gründe des

99) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 63. Note 9. Höpfners Commentar a. a. O. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th Nr. XV. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 861.

100) Thomasius Rechtshändel 3. Th. Nr. 17. Lyncker Diss. de iure litteratorum vicinos expellendi strepiferos.

1) S. *Christ. Heinr.* Breuning Qu. iur. controv. de spurio eruditorum privilegio expellendi operarios cum strepitu laborantes. *Lipsiae* 1771. Besonders Hymens Beiträge zu der jurist. Literatur in den preußischen Staaten. 7. Samml. Nr. VIII. S. 56.

2) S. den 16. Th. dieses Commentars §. 973.

entlichen Wohls solches erheischen [3]). So kann z. B. mand sein Haus, das er nicht nothwendig braucht, r interimistischen Anlegung eines Lazareths oder Hospis zu vermiethen genöthigt werden. Desgleichen erde, so weit man ihrer zum Behuf der Posten oder derer zu dringenden Staatszwecken dienender Fuhren darf [4]). In manchen Universitäts-Städten, z. B. in ibingen, sind auch die Bürger verbunden, die Wohngen, die sie selbst nicht brauchen, an Studenten zu miethen [5]). Eine Ausnahme in Ansehung der Dienstethe macht insonderheit der an mehreren Orten Deutschnds aus der ehemaligen Leibeigenschaft selbst, bei frei vordenen dienstpflichtigen Bauern, sich erhaltene Dienstang, welcher darin besteht, daß die Kinder der Leibenen und Gerichtsunterthanen, wenn sie sich als Gede vermiethen wollen, ihre Dienste der Leib- oder Gutsrschaft vor allen Andern anbieten, und derselben, wenn es begehrt, auf die in solchem Falle gewöhnlich benmte Zeit um ein gebührliches Lohn dienen müssen [6]). o ist dieser Dienstzwang in Ober-Sachsen, der Lausitz,

L. 11. *L.* 22. *C.* *h.* *t.* *L.* 11. §. *ult.* *D.* *de publican.* *et vectigal.* S. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 12.

Brunnemann Comm. ad L. un. Cod. de cursu publ. nr. 16.

S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 14.

Ioach. Pottgiesser Commentarior. iuris Germ. de statu servorum. Lib. II. Cap. 6. §. 28. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. II. Obs. 356. Runde Grunds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 548.

Pommern, Preußen, Bayern und mehreren anderen Orten noch jetzt üblich [7]).

§. 1047.

II. Gegenstände des Mieth- und Pacht-Contracts.

A) Sachen.

Der Gegenstand des Pacht- oder Mieth-Contracts, das zweite wesentliche Erforderniß desselben, können Sachen und Dienste seyn. Die Sachen dürfen aber nicht solche seyn, die durch den Gebrauch verzehrt werden [8]). Denn die locatio rerum hat nur die Ueberlassung der Sache zum Gebrauch oder Benutzung, nicht aber Uebertragung des Eigenthums zum Zweck [9]), wenn auch der Contract auf noch so lange Zeit eingegangen worden wäre [10]). Sie hat aber doch immer die Sache selbst

7) S. POTTGIESSER a. a. O. Lib. V. cap. 2. §. 42. Kreitmayr's Anmerkungen über den Cod. Max. Bavar. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. Nr. 2. S. 341. Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten 2. Th. 7. Tit. 4. Abschn. §. 185. ff.

8) Es ist hierin zwischen Mieth- und Leih-Contract kein Unterschied. *L.* 3. §. *ult. D. Commodati.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

9) *L.* 39. *D. h. t. L.* 9. *D. de Rei vindic.* LAUTERBACH c. l. §. 17.

10) *L.* 10. *Cod. h. t. L.* 2. *C. de praescr.* 30. *vel.* 40. *annor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. BRUMMER Exerc. de Locat. et Conduct. Cap. II. §. 10. und *Abrah.* KAESTNER Disput. de erronea doctorum opinione, per locationem ad longum tempus factam utile transferri dominium. *Lipsiae* 1747.

Gegenstande. Denn ein Vertrag, welcher blos über
n der Sache existirende Frucht errichtet wird, würde
ein Kauf der letztern, als ein Pacht seyn[11]). Uebri-
können alle im Commerz befindliche Sachen vermie-
und verpachtet werden, auch sogar unkörperliche
:n, z. B. die Jagd, Braugerechtigkeit, Gastwirth-
, Branntweinbrennerei, sogar die Patrimonialge-
)arkeit, bei deren Verpachtung denn auch nicht nur
Vortheile, welche dem Gerichtsherrn bei der Ausübung
)en zustehen, so weit sie nicht ausdrücklich ausgenom-
ind, sondern auch alle damit verbundene Lasten auf
Pächter übergehen [12]). Ist das Gut, worauf sie
:iv haftet, ohne Erwähnung derselben mit allen
)örungen verpachtet worden, so ist sie stillschweigend
nitverpachtet zu halten, sofern sich der Verpächter
nicht ausdrücklich vorbehalten hat, wie schon an
andern Orte (Th. 3. §. 192. Not. 61.) bemerkt wor-
st. Das römische Recht gedenkt noch insonderheit
ierpachtung des Nießbrauchs [13]) und der Habita-
[4]). Auch selbst die Servitus usus ist nicht ganz

. Höpfners Commentar üb. die Instit. §. 883. Not. 1.
Weber zu Höpfner S. 937. auch Schweppe röm.
)atrecht. 2. B. §. 416.

). STRYK Cautel. Contractuum Sect. II. Cap. IX. §. 12.
COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Iac. Aug.*
NKENSTEIN Diss. de locatione iurisdictionis. *Lipsiae*
3.

. 1. *I. de usu et habitat.* *L.* 12. §. 2. *L.* 38. *D. de*
fr.

. 5. *I. de usu et habitat.* *L.* 13. *Cod. de Usufr.*

ausgeschlossen. Derjenige, dem der usus aedium zusteht, darf nur nicht das ganze Haus vermiethen, ohne selbst die Wohnung in dem Hause zu behalten[15]). Nur dann, wenn der usus sich einzig auf die Bedürfnisse oder den eigenen Gebrauch des Berechtigten beschränkt, fällt die Verpachtung weg[16]). Dingliche Servituten können hingegen ohne das Grundstück, worauf sie activ haften, nicht verpachtet werden. So ist der Ausspruch Ulpians zu verstehen, wenn er *L.* 44. *D. h. t.* sagt: Locare servitutem nemo potest[17]). Ob die Sachen dem Locator eigenthümlich zugehören, oder fremde Sachen sind, ist gleichviel[18]). Man kann daher nicht nur seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache sowohl dem Miteigenthümer selbst, als einem Fremden verpachten[19]), sondern man kann sogar eine Sache, woran man nur ein antichre-

15) *L.* 2. §. 1. *in fin. L.* 8. *pr. de usu et habitat.* Voet Comm. h. t. §. 4.

16) §. 1. *I. eodem. L.* 11. *D. eodem. L.* 12. §. *ult. D. eod. L.* 10. §. 1. *D. Communi divid. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

17) Denn Realservituten sind zum Besten des berechtigten Grundstücks, dem sie zustehen, bestellt, und blos auf dessen Bedürfnisse beschränkt. S. *Ant.* Faber Rational. in Pandect. h. t. ad h. L. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Reliquum est.* Oper. Tom. II. pag. 422. und Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 621. S. 16.

18) Voet Comm. h. t. §. 3.

19) *L.* 35. §. 1. *D. h. t.* S. Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontract. §. 918.

tisches Pfandrecht hat[20]), oder die man selbst nur gemiethet oder gepachtet hat, auch ohne Einwilligung des Verpächters, ganz oder zum Theil wieder vermiethen oder verpachten[21]), welches man eine Aftermiethe oder Afterpacht, *Sublocatio, subconductio* nennt[22]). Es muß nur nicht im Contract ein Anderes bestimmt seyn, auch sonst der Verpächter oder Vermiether keinen Grund haben, der Sublocation zu widersprechen, z. B. weil der Aftermiethsmann nach der Beschaffenheit seiner Lage und seines Gewerbes die Sache durch den Gebrauch mehr beschädigen werde, als der erste Miethsmann, oder derselbe zu einem andern Zweck die Sache gemiethet hat, als wozu sie, ihrer Bestimmung nach, dem Ersteren vermiethet worden ist[23]). Soll also der Vermiether oder Verpächter die Sublocation gelten lassen, so muß die Sache zu demselben Gebrauche und unter solchen Umständen sublocirt worden seyn, daß dem Ersteren daraus kein Nachtheil er-

20) *L.* 37. *D. de pigner. act.* *L.* 23. *pr. D. de pignorib. et hypoth.*

21) *L.* 7. *L.* 8. *L.* 24. §. 1. *L.* 30. *pr. L.* 60. *D. h. t. L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* Besonders *L.* 6. *Cod. h. t.*, wo Kr. Alexander sagt: Nemo prohibetur, rem, quam conduxit, fruendam alii locare, si nihil aliud convenit. S. Huber Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2.

22) *Christ.* Wildvogel Diss. de eo, quod iustum est circa sublocationem. *Ienae* 1727. und *Sam. Frid.* Willenberg Exerc. de rerum sublocatione. (In eius *Select. Iurisprud. civ. s. Exercitat. Sabbathin.* P. II. Exerc. XLI. pag. 646. sqq.)

23) *L.* 13. §. *ult. D. de usufr.* Voet Comm. h. t. §. 5.

wächst[24]). Uebrigens müssen die bei einer Sublocation vorkommenden verschiedenen Contracte wohl unterschieden werden[25]), wovon weiter unten die Rede seyn wird. Seine eigene Sache hingegen kann man in der Regel nicht miethen noch pachten[26]). Liegt hiebei ein Irrthum zum Grunde, so ist der ganze Contract nichtig[27]). In diesem Falle macht es daher auch keinen Beweis aus, daß Einem das Eigenthum nicht zustehe, weil er die Sache, die er als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, gemiethet oder gepachtet hat[28]). Zuweilen kann indessen der Eigenthümer selbst seine eigene Sache auf eine giltige Art wieder miethen oder pachten, nämlich wenn dem Verpächter oder Vermiether das dingliche Recht zusteht, die Sache zu besitzen und zu gebrauchen oder zu benutzen, z. B. als Usufructuar oder antichretischer Pfandgläubiger[29]). Ist ein

24) Willenberg Exercit. cit. §. 9.

25) S. Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontract. §. 909. u. 910.

26) *L.* 45. *D. de reg. iuris.*

27) *L.* 20. *Cod. h. t.* Qui rem propriam conduxit, *existimans alienam*, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

28) *L.* 23. *C. eodem.* Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere: cum inscientia domini proprii et errantis nullum habeat consensum: sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi iure possessionem mutare potest. S. Iensius Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 586.

29) *L.* 37. *D. de pigner. act.* *L.* 29. *pr. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* Voet c. l. §. 4.

ganzes Gut verpachtet worden, so sind auch alle Zubehörungen und darauf haftende Gerechtigkeiten [30]), selbst das Patronatrecht nicht ausgenommen [31]), unter diesem Pacht begriffen, wofern nicht ein Anderes ausdrücklich ausbedungen worden ist. Man nennt den Pacht eines ganzen Gutsdistricts mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten, z. B. Jagd, Jurisdiction, Braugerechtigkeit, Patronatrecht u. d. *Admodiatio* von dem französischen Worte: *admodier*, verpachten [32]). Wenn gleich fungible Sachen

30) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.* Westphal §. 921. *L.* 3. *D. eod.*

31) *Cap.* 7. *X. de iure patronatus.* Mandamus, quatenus, si vobis constiterit, quod praefato militi praescripta villa fuerit, *non excepto iure patronatus*, ad firmam concessa, vel, antequam de iure patronatus inter Abbatissam et militem controversia esset suborta, praefatus Guilelmus de L. in praescripta Ecclesia per Episcopum, ad praesentationem militis, institutus fuisset, ei, dummodo alias sit idoneus, adiudicetis ecclesiam. S. *Ian. a* Costa Comm. in Decretal. ad hoc. Cap. pag. 564. Gonzalez Tellez Comm. ad id. cap. *I. H.* Boehmer in edit. Corp. iur. Canon. ad id. Capit. et in Diss. contin. sel. Capita circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 7. Stryk Caut. Contractum Sect. II. Cap. IX. §. 12. *Aug. Gottl.* Petermann Diss. de exercitio iuris patronatus realis ad praediorum fructus referendo. *Lipsiae* 1746. und *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.

32) S. *Io. Henr.* Feltz Diss. de admodiatione. *Arg.* 1699. *Ge. Ad.* Struv D. de admodiat. *Ien.* 1683. und *Io. Ott.* Tabor de eod. arg. *Argent.* 1646. auch *I. H* Boehmer Diss. cit. Cap. I. §. 5.

kein Gegenstand des Miethcontracts seyn können, so sind doch Kleider nicht dahin zu rechnen [33]).

§. 1048.

B. Vermiethung der Dienste.

Die Dienste, als Gegenstand des Miethcontracts betrachtet, müssen 1) in erlaubten Handlungen bestehen (Operae honestae). Denn dieß ist das allgemeine Erforderniß aller Handlungen, worüber ein Contract geschlossen werden soll [34]). Sie müssen aber auch 2) ihrer Natur nach einen Miethcontract zulassen, d. h. von der Beschaffenheit seyn, daß man dafür einen bestimmten Lohn zu geben pflegt (Operae locari solitae [35]). Dazu wird nun aber erfordert, a) daß sie nach einem gewissen Marktpreise schätzbar sind, d. h. zu einem bestimmten Werth angeschlagen werden können. Man rechnet dahin Kunst-, Handwerks- und Tagelöhner-Dienste. So hoch auch die Malerei bei den Römern geschätzt war, wie daraus hervorgeht, daß Justinian wegen der Vortrefflichkeit dieser Kunst von der sonst bei Accessionen geltenden Regel abwich [36]), und daß die Alten sie der Poesie und Beredsamkeit gleichsetzten [37]), so erklären dennoch die Gesetze der

33) §. 5. *I. h. t.*

34) S. Brunner cit. Exercitat. Cap. III. §. 10.

35) *L.* 5. §. 2. *D. de praescript. verb.* Tale sit factum, quod locari solet. S. *Io* D'Avezan Libr. Contract. II. Tr. 2. Princ. (in *Thes. Meerman.* T. IV. pag. 96.)

36) §. 34. *I. de Rer. divis.*

37) Cicero in *Bruto* cap. 18. und Horatius *de Arte poet.* v. 9. Ueberhaupt Plinius *Hist. Nat.* Lib. XXXV. c. 1. sq.

Contract, den ich mit einem Maler schließe, daß er mir für Geld Etwas malen solle, für einen Miethcontract[38]). Denn nur solche Künste, welche gelehrte und wissenschaftliche Kenntnisse erfordern, und denjenigen, welche sich ihnen weihen, den Namen der Gelehrten geben, nennen die Römer *artes liberales*[39]), *studia liberalia*[40]). Diese sind kein Gegenstand des Miethcontracts. Denn solche Arbeiten, welche Gelehrte zum Nutzen Anderer übernehmen (**operae liberales**), betrachten die Gesetze als eine Wohlthat, welche der Gelehrte demjenigen erzeigt, der sich seiner Belehrung oder Hülfe bedient, und die daher mit keinem Lohn bezahlt werden können, sondern an sich unschätzbar sind, wenn gleich dafür, als Beweis der Erkenntlichkeit, ein Honorar bezahlt wird[41]). Der Contract ist ein **contractus innominatus facio, ut des,** oder **do, ut facias.** Die Dienste müssen ferner b) für den Conductor Nutzen haben, und entweder an seiner Person oder an seiner Sache geleistet werden[42]). Daher sagen

38) *L.* 5. §. 2. *D. de praescr. verbis.*

39) Cicero *de Officiis* Lib. I. cap. 42. Seneca *de Beneficiis* Lib. VI. Cap. 15. et 16.

40) *L.* 1. *D. de extraord. cognit.*

41) *L.* 1. *pr. D. Si mensor falsum modum dix. L.* 1. §. 5. *D. de extraord. cognit.* S. de Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 4. u. besonders *Adolph. Frid.* Trendelenburg Diss. de honorario, eiusque a mercede discrimine. *Chilonii* 1775. §. 6.

42) *Hug.* Donellus Comment. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 6. §. *Factarum* pag. 636. (*Francof.* 1626. f.) *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *De operarum* pag. 422. *Guil.* Prousteau Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. XVIII.

die Gesetze [43]): wenn ich dir Geld gebe, um deinen Sklaven freizulassen, oder in meinem Namen eine Reise zu machen, so sey weder in dem einen, noch in dem andern Falle ein Miethcontract vorhanden, sondern ein contractus innominatus do ut facias geschlossen worden. Eine Sublocation findet in der Regel bei Diensten nicht Statt. Denn wer mir seine Dienste vermiethet, will sich dadurch blos mir verbindlich machen. Nur ich habe daher ein persönliches Recht, von ihm zu fordern, daß er mir die versprochenen Dienste leiste. Wenn ich nun diese Dienste ohne die Einwilligung des Locators einem Dritten wieder sublocirt hätte, mit welchem Rechte könnte ich den Locator nöthigen, daß er sie dem Subconductor leiste, mit dem er gar nicht contrahirt hat? Anderer Meinung, ist zwar Berger [44]). Allein die von ihm angeführten Gesetze [45]) reden nur von der Sublocatio rerum, von welcher sich aber auf die Sublocatio operarum kein giltiger Schluß machen läßt, wie schon Christ. Heinr. Breuning [46])

§. 4. (in *Thes. Meerman*. T. III. pag. 520.) und Bucher Recht der Forderungen §. 73. S. 143.

43) *L*. 5. §. 2. *D. de praescript. verbis. L*. 5. *D. de condict. causa data causa non secuta.*

44) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 5. Eben dieser Meinung sind auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXIX. Th. 8. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 9. not. r.

45) *L*. 7. *D. L*. 6. *Cod. h. t.*

46) Quaestio iuris controv. An sublocari possint operae? *Lipsiae* 1774. Man sehe auch WILDVOGEL Diss. de eo quod iustum est circa sublocationem §. 13. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

gegen erinnert hat. Westphal[47]) glaubt zwar, die
ıalogie trete ein, sofern nicht des Dienenden Umstände
durch erschwert werden, und also dieser mit Recht sich
r Verschlimmerung entgegensetzen kann. Allein wie sehr
:se Meinung der Analogie entgegen streite, lehrt der be-
nnte Satz des röm. Rechts, daß Niemand aus den
erträgen eines Dritten vollkommen berechtigt, und eben
wenig vollkommen daraus verpflichtet werden könne, der
:ht darein gewilligt hat[48]). Daß die Dienste eines ge-
ietheten Sklaven sublocirt werden konnten, will ich gern
geben. Allein wie läßt sich davon auf die Dienste eines
eien Menschen schließen, da die Sklaven bei den Rö-
ern als Sachen behandelt wurden? Soviel ist indessen
wiß, daß bei der **Locatio et conductio operis** dem
onductor oder **redemtor** die Sublocation freistehe,
fern nicht ein Anderes verabredet worden ist[49]). Dieß
hrt uns Marcellus *L.* 48. *pr. D. h. t.* wo er sagt:
**i cui locaverim faciendum, quod ego conduxe-
ım, constabit, habere me ex locato actionem.**
as Nämliche sagt auch Ulpian *L.* 38. §. 21. *D. de
Verbor. Obligat.* Es tritt hier ein ganz anderes
echtsverhältniß ein. Denn habe ich die Verfertigung

7) Vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontract. §. 909.

8) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 304. S. 206. und
§. 315. und §. 343.

9) *L.* 31. *D. de solution.* — et hoc specialiter actum, *ut
suis operis id perficiat.* S. *Franc.* FLORENS ad h. L.
in *Operib. iurid.* T. II. pag. 525. u. WILLENBERG Exerc.
de opere conducto §. 2. in *Select. iurisprud. civ.* P. II.
pag. 657.

eines ganzen Werks gedungen, so ist mir auch daran gelegen, daß es ausgeführt werde, weil ich sonst ex locato auf das Interesse belangt werden könnte. Es muß mir also auch um so mehr erlaubt seyn, die Errichtung desselben einem Andern sublociren zu können, da es dem Locator genügt, wenn er das Werk, so wie es bedungen worden ist, erhält. Potius enim opus ipsum, quam artificem, spectamus. Zwar sagt Ulpian: constat, habere eum *utilem* ex locato actionem. Allein das Wort *utilis* wird hier nicht zum Unterschied von der actio directa gebraucht, sondern heißt, wie Anton Faber[50]) es erklärt, soviel als efficax, d. i. eine Klage, die durch keine Einrede unwirksam gemacht werden kann, wenn man nicht etwa die Leseart für fehlerhaft halten und mit Hugo Donellus[51]) statt *utilis* lieber *utique* lesen will. Wegen der Locatio conductio operis, von welcher ich schon oben (S. 267. f.) den Begriff gegeben habe, ist hier nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß die zur Verfertigung des Werks erforderliche Materie, oder, wie sich Pomponius *L.* 20. *D. de contrah. emt.* ausdrückt, das Corpus, entweder ganz oder wenigstens zum Theil, von dem Besteller desselben, dem Conductor operis müsse geliefert worden seyn[52]). Denn die von dem Letzteren zu leistende Ar-

50) Rational. in Pand. ad L. 48. pr. D. h. t.

51) Commentar. in Tit. Dig. de Verb. obligat. ad L. 38. §. 21. h. t. nr. 2.

52) Ein merkwürdiges Beispiel eines solchen Accords hat Cato de re rustica. Cap. 14. in *Scriptor. rei rust.* Vol. I. *edit. bipontin.* pag. 20. sq.

heit betrifft nur eigentlich die Form und Ausführung des Werks. Hat daher der Besteller zur Verfertigung des Werks gar nichts geliefert, sondern gibt blos das dafür bedungene Geld, so ist kein Bedingungsvertrag, sondern ein Kaufcontract geschlossen [53]). Ein Anderes wäre es, wenn der Grund oder die Substanz, mit welcher das neue Werk, als eine Accession, verbunden werden soll, dem Besteller des Werks gehört. Dann mag auch der conductor das ganze Werk auf seine Kosten aufführen, der Vertrag bleibt dennoch eine wahre Location. Dieß ist der Fall, wenn ich mit einem Bau- oder Zimmermeister (ergolabus) [54]) accordire, daß er mir für eine bestimmte Geldsumme auf meinem Grund und Boden ein Gebäude aufführen, jedoch die Materialien selbst, und auf seine Kosten, dazu thun solle. Das Geschäft ist hier kein Kaufcontract, wenn gleich der Arbeiter das Eigenthum der Materialien auf mich überträgt. Denn da der Grund mein Eigenthum ist, so wird auch nach der Regel: superficies solo cedit, das Gebäude sofort mein Eigenthum [55]). Das Geschäft ist also als ein bloßer Ver-

53) S. *Car. Aug.* Haase De opere locato et conducto Romanorum. Commentat. I. P. I. Cap. I. §. 3. et 4.

54) *L. un. Cod. de Monopoliis* (IV. 59.). Das Wort *Ergolabus* kommt her von ἐργολαβεῖν, i. e. *rem perficiendam suscipere, ut inde lucrum quis faciat*. S. Ferandus Adduensis Explication. Lib. II. cap. 9. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 573.) und *Guil.* Fornerius Selection. Lib. III. cap. 3. (*Ibidem* pag. 85. sq.)

55) *L.* 39. *pr. D. de Rei vindicat.* Redemtores, qui suis caementis aedificant, statim caementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant.

dingungsvertrag zu betrachten; denn der Baumeister hat hier blos seine Arbeit verdungen. Folgende Gesetzstellen bestärken das Gesagte:

POMPONIUS *L. 20. D. de contrah. emt.* SABINUS respondit, si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, *emtionem* videri: *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret:* aliter, atque si aream darem, ubi insulam aedificares, *quoniam tunc a me substantia proficiscitur.*

JAVOLENUS *L. 65. D. eodem.* Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio: quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit: Si *ex meo fundo* tegulas tibi factas ut darem, convenit: *emtionem* puto esse, non *conductionem.* Totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet [56]).

56) Westphal vom Kauf ꝛc. §. 7. a. E. will diesen Grund ganz verwerfen. Allein schon *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. *Iurisprudentiam* hat bemerkt, daß man ihn blos in Beziehung auf den Fall, den hier Javolen vorträgt, erklären müsse. Wenn ich also eine gewisse Zahl Dachziegel bei dem Verfertiger derselben bestellt habe, und zwar so, daß derselbe die Materie dazu aus meinem Grundstück nehmen soll, so bleibt natürlich die Materie mein, und ich bezahle den Arbeiter blos für seine Arbeit. Die Worte; *in eodem statu eius manet* wollen in Verbindung mit den nachfolgenden, blos soviel sagen, es gehe hier keine Veräusserung vor, wie in dem Falle, wenn der Arbeiter die

otiens vero et immutatur et alienatur, emtio gis, quam locatio intelligi debet.

Caius *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Adeo autem famiritatem aliquam habere videntur emtio et venio, item locatio et conductio, ut in quibusdam ieri soleat, utrum emtio et venditio sit, an loio et conductio? Ut ecce, si cum aurifice mihi ivenerit, *ut is ex auro suo annulos mihi faet certi ponderis, certaeque formae*, et accepe (verbi gratia) trecenta: utrum emtio et vendisit, an locatio et conductio? Sed placet, unum e negotium[57]), et magis emtionem et venditiem esse. Quod si ego aurum dedero, mer-

---

Materialien dazu thut. Man sehe auch *Ant.* Fabri Ratioil. in Pand. ad h. L.

Diese Worte: *Placet, unum esse negotium*, beziehen sich if die Meinung des Cassius, welcher in diesem Falle ein mischtes Geschäft annahm, nämlich in Ansehung der Materie nen Kauf, in Rücksicht der Arbeit aber eine Location, ie aus §. 4. *I. h. t.* erhellt. Die Meinung des Cassius lligt zwar Grotius de iure belli et pacis Lib. II. cap. 12. V. Auch Westphal §. 7. glaubt, sie sey nicht zu verwern. Allein die Meinung des Sabinus, welcher auch Cais beitrat, ward durch den Gerichtsgebrauch sanctionirt. . *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de iure mercedis opificum in oncursu creditorum. §. 3. in *Elect. iuris civ.* Tom. I. xercitat. XII. pag. 344. sq. Es ist daher höchst unnöthig nd vergebens, wenn *Dion.* Gothofredus die Leseart auf lgende Art zu verbessern sucht: *Sed placet* primum *negoum magis emtionem et venditionem esse*, wie auch schon *nt.* Schulting Thes. controversar. Decad. LXIX. Th. 5. merkt hat.

cedo pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

PAULUS *L.* 22. §. 2. *D. eodem.* Cum insulam aedificandam loco, *ut sua impensa conductor omnia faciat*, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen *locatio* est[58]); locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

§. 4. *J. de locat. et cond.* Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis, certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet (verbi gratia) aureos decem: utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? CASSIUS ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi: operae autem

58) *Alia et fortior ratio locationem esse suadet*, sagt *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. *Etiam.* bei dieser Stelle, *neque enim singula emo, constituto pretio, at loco opus faciendum, propria conductoris impensa. Quod autem materiae proprietas statim ad me transeat, ex alia iuris regula provenit, quod nempe superficies, quam exstruit redemptor, cedat solo.* L. 39. D. de rei vindic. *Hanc rationem indicavit* SABINUS *apud* POMPONIUM *in* L. 20. in fin. D. de contrah. emt. — *Substantia scilicet areae, quae locatoris est, absorbet substantiam materiae, quae est conductoris.* Uebrigens enthält dieses Gesetz einen neuen wichtigen Beleg zu der oben (S. 270.) gemachten Bemerkung, daß in dem Miethcontract zuweilen ein Eigenthum auf den Conductor übergehe, worauf uns auch *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. aufmerksam macht.

ationem et conductionem[59]). *Sed placuit, tan- emtionem et venditionem contrahi*[60]). Quod uum aurum Titius dederit, mercede pro opera stituta: dubium non est, quin locatio et con- tio sit.

Uebrigens ist zwar bei der Locatio conductio ope- der Fall nicht selten, daß der redemtor operis Aus- n dabei hat; doch besteht darin nicht gerade der unter- dende Charakter dieses Vertrags von der Locatio rarum. Denn es kommen genug Beispiele in den ssikern[61]) vor, wo der Besteller des Werks alle Ma- lien dazu gegeben hatte.

§. 1049.

I. Miethgeld, Pachtgeld, Lohn, *merces*. Eigen- schaften desselben.

Das dritte wesentliche Erforderniß des Mieth- und htcontracts ist merces, das Mieth- oder Pacht-

Theophilus in Paraphrasi graeca Lib. III. Tit. 24. §. 4. läutert die Meinung des Cassius auf folgende Art: *ἵνα μὲν αἰτιῶμαι τὴν ὕλην τοῦ χρυσίου, ὡς ὂν χρηστὴν, νήσω τὴν* ex emto. *εἰ δὲ τὴν εργασίαν, ὡς ὂν καλῶς ;ουσαν, ἔχοιμι τὴν* locati. i. e. *ut, si quidem auri ma- riam, tamquam minus probam, incusem, ex emto actio- m moveam: si vero artificium, tanquam minus recte se bens, locati actionem habeam.*

Theophilus fügt noch den Grund hinzu: *τό γὰρ τῆς ἐρ- ισίας ἐστὶν ὡς ἐν παρακολουθήματι.* i. e. *namque arti- :ium pro accessione est.*

S. Vitruvius *de Architectura* Lib. IX. Cap. 3. (edit. *ode* Berolini 1800. 4.) pag. 204. und Cato *de re ru- sica.* Cap. 14. Man sehe auch Haase Diss. cit. I. Cap. I. §. 4.

geld, der Miethzins, Miethlohn[62]). *Quae enim locatio est*, sagt Ulpian *L. 23. D. Communi divid. cum* merces *non intercesserit?* Das Wort MERCES, abgeleitet von *merere* oder *mereri*, heißt eigentlich, nach der Erklärung der römischen Grammatiker[63]), was Jemanden für seine Mühe und Arbeit bezahlt wird, und begreift in dieser Bedeutung auch die Belohnung für gelehrte Arbeiten unter sich, welche sonst *Honorarium* genannt wird[64]). Vorzüglich ist jedoch das Wort MERCES der Locatio et Conductio eigen, und heißt dann, was für den Gebrauch vermietheter Sachen oder Dienste bezahlt

62) *Ant.* MATTHIEU Diss. de mercede in locatione conduct. solvenda. *Argentor.* 1758. und *Ger. van dem* BOSCH Diss. de mercede in locat. conduct. praes. *Io. Frid.* GILDEMEISTER def. *Duisburgi* 1782.

63) VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. MERCES *a merendo est, si quid datum pro opera aut opere.* Derselbe Lib. VII. cap. 7. edit. *Godofr.* pag. 29. et 63. Hier leitet er MERCES a *merendo et aere* her, welches aber mit Recht DONELLUS Commentar. juris civ. Lib. XIII. cap. 6. tadelt. DONATUS ad *Terentii* Andr. Act. II. Sc. 1. sagt: MERERI *est aliquid mercedis pro labore sumere.*

64) CICERO *ad Famliar.* Lib. XVI. Ep. 14. et in *Orat. Philipp.* II. cap. 17. *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 1. *pr. D. de extraord. cognit.* vergl. mit *L.* 1. §. 10. *et* 12. *D. eodem* und *L.* 4. §. *ult. D. de decret. ab ord. faciend. L.* 6. *C. de Professor. et Medicis.* Siehe *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Med. et Professor. Tom. V. pag. 30. edit. *Ritter* und *Desid.* HERALDUS Animadvers. in *Salmasii* Observat. in ius Attic. Lib. V. cap. 20. nr. 2. 8. 9.

55). Es bezeichnet also gleichsam den Werth des
auchs, worin das Wesen des Miethcontracts besteht,
ie der Kaufpreis den Werth der Sache selbst,
e man in dem Kaufcontracte dem Andern zu überlassen
verpflichtet. Daher wird auch merces sehr häufig
l von den römischen Philosophen[66]) als Rechts-
ten[67]) pretium genannt. Diese Aehnlichkeit zwi-
merces und pretium enthält einen Hauptgrund der
en Verwandtschaft, welche der Mieth- und Kauf-
act mit einander haben[68]), und sie klärt uns noch
auf, was bereits beim vorigen Paragraphen bemerkt
n ist, warum Arbeiten, welche keinen bestimmten
haben und also eine eigentliche merces nicht zu-
, kein Gegenstand das Miethcontracts seyn können, son-
das, was für diese gegeben wird, *Honorarium* heißt;
non datur in perfectam compensationem, sed
munerationem tantum qualemcunque, et ho-
magis, quam compensationis causa[69]). Bei

. TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque a mer-
discrimine. §. 4. et 5.

ENECA *de Beneficiis* Lib. VI. cap. 15. CICERO *de In-
tione* Lib. II. cap. 1. *Idem de Officiis* Lib. II. cap. 6.

.28. §. *ult.* *L.* 51. §. 1. *D. h. t.* *L. ult.* §. *ult. D. ad*
. *Rhod. de jactu.* *L.* 10. §. *ult. D. de acquir. vel*
tt. possess. S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. IV. cap. 26.
SONIUS de Verbor. Signific. voc. *Pretium.* BRUNNEMANN
rcitat. de locat. et conduct. Cap. III. §. 15.

. 2. *pr. D. h. t.*

. 6. *pr. D. Mandati.* *L.* 1. §. 5. *D. de extraord. cog-*
m. Im allgemeinen Sinne nannte man *Honorarium,*

der Vermiethung der Dienste wird der Lohn auch sowohl von juristischen[70]) als von nicht juristischen Klassikern[71]) *manus pretium* oder *manupretium*, so wie von den Griechen χειροδόσιον[72]), d. i. pretium, quo ars seu artificis operae aestimantur, genannt. *Abusive enim*, sagt Isidor[73]), *manus etiam ars*, vel *artifex*, *unde et manupretium dicimus.* Sonst aber nennen die Griechen den Arbeitslohn überhaupt μισθός. Bei Grundstücken hingegen, die praedia mögen urbana oder rustica seyn, wird das Wort *pensio* recht eigentlich für merces gebraucht[74]).

quidquid aut praemii aut honoris nomine datur. Seneca *Lib. I. controv.* 8. Daher hieß auch das Geschenk, das die Provinzialen den Rectoren der Provinzen bei ihrer Ankunft verehrten, *Honorarium*. Cicero *Orat. in L. Pisonem. Cap.* 35. S. Trendelenburg cit. Diss. §. 3. et 5.

70) *L.* 30. §. 3. *D. h. t. L.* 13. §. 1. *D. de Verb. Signif.*

71) Varro *de L. L.* cit. loc. *Quod manu factum erat, et datum pro eo*, manupretium *a manibus et pretio*. Plautus in *Menaechmeo Act. III. Scen.* 3. *v.* 20. Cicero *Orat. I. in Verrem* cap. 56. *M. P.* Cato *de re rustica*. Cap. XIV. in fin. Plinius *Hist. Nat.* Lib. XXXIII. c. 11. XXXIV. cap. 7. et XXXV. cap. 10. S. *Barn.* Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 23.

72) Philoxeni Glossar. h. voc.

73) *Origin. s. Etymolog.* Lib. XI. cap. 1. inter *Dyonis.* Gothofredi *Auctor. linguae lat.* pag. 1095.

74) *L.* 27. §. 1. *D. de heredit. petit. L.* 55. *D. de condict. indeb. L.* 15. §. 4. *L.* 19. §. 1. *et L.* 54. §. 1. *D. Locati.* Bisweilen auch *Reditus*. §. 3. *I. h. t.* S. Cujacius Observat. Lib. IV. c. 26. und Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 6.

Die Prästation des Conductor, welche man nun also ...haupt merces nennt, muß, wie das pretium ... Kaufe, in einer baaren Geldsumme (pecu... numerata) bestehen[75]). Dieß gilt a) bei der Lo... ...n der Dienste ohne Ausnahme. Wird daher für die ...leistung kein baares Geld, sondern etwas Anderes ge... ..., so ist dieß kein Miethcontract, sondern ein unge... ...ter Contract, Contractus do ut facias, oder facio ...es, weßhalb die *actio praescriptis verbis* anzu... ... ist. Die Beweise für diesen Satz enthalten fol... ... Gesetzstellen:

L. 1. §. 9. *D. Depositi.* wo Ulpian sagt: Si ... servum custodiendum conjecerit forte in pi...um, *si quidem merces intervenit custodiae*, ... esse actionem adversus pistrinarium *ex con...o*; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc ..., quem in pistrinum accipiebat, *ex locato* ...agere posse. Quod si operae eius servi cum ...dia pensabantur, quasi genus locati et con... ... intervenit; *sed, quia pecunia non datur, ... escriptis verbis datur actio.*

L. 1. §. 4. *D. Mandati.* Hier lehrt Paulus ... ...rarium est officio merces: *interveniente enim ...unia* res ad *locationem et conductionem* ...s respicit.

75) ...Gottfr. Strauss Diss. de pecunia numerata in con...tu locationis conduct. necessaria. *Vitemb.* 1675. *Sam.* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. et ad *Eundem* ...minghaus not. *s.* et. *t.*

L. 5. §. 2. *D. de praescript. verbis.* At cum do, ut facias, sagt hier derselbe Paulus, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, *pecunia data*, LOCATIO *erit*; si *res*, NON *erit* LOCATIO, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest vel ad repetendum condictio.

Johann Coras[76]) will zwar das Wort *pecunia* hier nicht in seiner eigentlichen Bedeutung für Geld, sondern in dem Sinne nehmen, in welchem es nicht nur fungible Sachen, sondern überhaupt alle Sachen bezeichnet, die man in seinem Vermögen hat, so wie das Wort PECUNIA in der *L.* 2. *C. de constit. pec.* erklärt werde. Eben so auch Cujaz[77]) und Johann D'Avezan[78]). Sie glauben, es sey nicht nothwendig, daß der Lohn gerade in baarem Gelde bestehe. Es könne auch statt dessen etwas Anderes geleistet werden. Allein diese Meinung ist schon von Anderen[79]) hinlänglich widerlegt worden. Es

76) Miscellaneor. iuris civ. Lib. II. cap. 11. p. 112. (*Colon. Agripp.* 1598. 8.)

77) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. §. 1. D. Loc.

78) Contractuum Lib. II. Tract. II. §. *Verum pretium.* (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 97.)

79) S. *Gregor.* LOPEZ MADERA Animadversionum iuris civ. libr. sing. Cap. 15. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 460. seq.) *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 2. sqq. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 98. sqq.) *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. Contractus 23. D. de Reg. iur. Cap. XVIII. §. 7. et 8. (in *Thes. Meerm.* Tom. III. pag. 520.) FACHINAEUS Controvers. Op. Lib. I. cap. 82. BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIX. Th. 3. lit. G.

ıicht nur gar kein Grund vorhanden, hier von der ge-
nlichen Bedeutung abzugehen, da zumal in der *L.* 5.
ı. *D. de praes. verb.* das Wort pecunia der res
egengesetzt wird, sondern die Gesetze sagen es ja auch
lich genug, daß die merces bei dem Miethcontract
das sey, was das pretium beim Kaufcontract ist,
daß hierin beide Contracte von einerlei Regeln be-
icht werden[80]). Daß aber der Kaufpreis in einer
mmten Geldsumme bestehen müsse, ist schon an einem
rn Orte[81]) gezeigt worden. Eben so gedenken die
ße ausdrücklich der pecunia numerata auch bei der
tion[82]). Wie sehr sich hierin der Miethcontract dem
fcontracte nähere, hat am deutlichsten Theophilus
einer griechischen Paraphrase der Institutionen[83])
edrückt, wenn er sagt: *Ἡ μίσθωσις καὶ ἡ ἐκμίσθω-*
ἔοικε τῇ πράσει καὶ τῇ ἀγορασίᾳ, καὶ διὰ τῶν
ῶν πρόεισι κανόνων. Ὥσπερ γὰρ ἡ πρᾶσις τότε
ίσταται, ἡνίκα τὸ τίμημα ἑκατέρῳ μέρει ἀρέσει
ω καὶ ἡ μίσθωσις συνίστασθαι νοεῖται, ἐι τὸ μισ-
α τοῖς μέρεσιν ἤρεσε. Καὶ ὥσπερ εἰρήκαμεν ἐπεῖ,
ον καὶ ἐν ἀργυρίῳ ὀφείλειν εἶναι τὸ τίμημα, οὕτω
τὸ μίσθωμα κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίῳ εἶναι δεῖ. i. e.
atio et conductio similis est venditioni et em-
, et per easdem procedit regulas. Sicut enim
litio tunc consistit, quando pretium utrique
i placuit, ita et locatio consistere intelligitur,

[80] *L.* 2. *pr. D. h. t.*

[81] S. den 16. Th. 1. Abth. §. 977.

[82] *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

[83] Lib. III. Tit. 24. Princ.

si merces partibus placuit. *Et sicut ibi diximus certum atque in pecunia debet esse pretium, sic et mercedem certam et in pecunia esse oportet.* Es muß aber auch b) bei der Location der Sachen die merces der Regel nach in pecunia numerata bestehen. Denn wird für den Gebrauch der Sache etwas Anderes, als baares Geld, gegeben, so ist das Geschäft keine Location, sondern ein contractus innominatus *do ut des*[84]). Die Hauptstelle ist hier:

§. 2. *I. h. t.* Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat *de locatione et conductione*, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. *Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus;* veluti si cum unum bovem quis haberet, et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos perierit: *neque locati neque conducti, neque commodati competit actio*, quia non fuit gratuitum commodatum; *verum praescriptis verbis agendum est.*

Theophilus hat in seiner griechischen Paraphrase die letzten Worte, ganz der Lehre der röm. Rechtsgelehrten[85]) gemäß, so erklärt: *ὅυτε μίσθωσις τὸ τοιοῦτόν*

84) Brummer cit. Exercit. Cap. III. §. 18. und Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontract. §. 891. und §. 894.

85) Man vergleiche *L.* 25. §. 6. *L.* 28. §. 2. *L.* 46. *L.* 52. *L.* 58. *D. h. t.* S. auch *Ian. a* Costa Comm. ad §. 2. Inst. h. t.

ι, διά τὸ μὴ εἶναι ἐνταῦθα κέρτον ἐν ἀργυρίῳ
θεμα οὐδὲ κομμόδάτον, τὸ γάρ κομμοδάτον γρα-
ιτον ὀφείλει εἶναι. i. e. neque *locatio* illud est,
a hic certa in pecunia merces non est, neque
nmodatum; nam commodatum debet esse gratui-
ı, und hat also auch hier wieder deutlich ausgespro-
ı, daß die Prästation des Conductors in Gelde beste-
müsse.

Bei der Verpachtung einer fruchttragenden Sache
et jedoch eine Ausnahme Statt. Hier kann statt des
chtgeldes auch ein Theil der Früchte ausbedungen wer-
. Dieser Theil kann aber a) eine Pars quanta fru-
um seyn, welcher also völlig bestimmt ist, und daher
Jahr, wie das andere, immer derselbe bleibt, es mag
Pächter soviel geerntet haben, als er will. Hier
nen die Gesetze das Geschäft ausdrücklich eine Loca-
n. Dieß beweis't die bekannte Verordnung der Kai-
Diocletian und Maximian:

L. 21. *Cod. de locato et cond.* Si *olei certa*
nderatione fructus anni *locasti*, de contractu
ıa fide habito, propter hoc solum, quod alter ma-
em obtulit ponderationem, recedi non oportet.

Viele Rechtsgelehrte wollen zwar diese Ausnahme nicht
en lassen, und verstehen daher dieses Gesetz ganz an-
. Einige[86]) erklären es nämlich von dem Falle,
zwar Anfangs ein Pachtgeld bedungen worden war,
her aber ein Aequivalent an Früchten dafür beliebt

Brummer Exercit. cit. Cap. III. §. 18. (in *Opuscul.*
g. 421. sqq.)

wurde. Andere[87]) läugnen, daß in diesem Gesetze von einem Pachte die Rede sey. Sie sagen, das Wort locare werde hier im uneigentlichen Sinne genommen. Der Contract sey daher vielmehr ein ungenannter. Allein beide Meinungen widerlegen sich schon aus den Worten des Gesetzes selbst. Denn daß die Verpachtung hier gegen Ablieferung eines gewissen Theils der Früchte gleich Anfangs geschehen war, lehren die Anfangsworte des Gesetzes unwidersprechlich; daß aber hier von keinem ungenannten Contracte die Rede seyn könne, zeigt theils die Rubrik des Titels an, unter welche das Gesetz gestellt ist, theils überzeugt uns hievon noch mehr der sehr wichtige Umstand, daß dem Locator der Rücktritt von dem Contracte blos darum, weil ihm ein Anderer mehr geboten hat, versagt wird, welcher ihm sonst wegen des bei den ungenannten Contracten zugelassenen Reurechts unstreitig zugestanden haben würde, wie auch schon Hubert Giphan[88]) und Gerhard Noodt[89]) erinnert haben. Man kann aber auch noch die *L.* 8. *Cod. h. t.* hier zum Beweis anführen, in welcher die Worte: Licet *certis annuis quantitatibus* fundum conduxeris, sehr wohl von Früchten verstanden werden können. Ja von einer solchen Verpachtung gegen einen bestimmten Theil der Früchte verste-

87) So Accursius in Gloss. ad L. 21. Cod. h. t. u. *Hug.* Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 6. §. *Sed utrumque.*

88) Explanat. difficilior. ac celebr. LL. Cod. ad L. 21. Cod. h. t. pag. 336.

89) Commentar. ad Dig. h. t. §. superiori. *Oper.* Tom. I. pag. 422.

auch mehrere Rechtsgelehrte [90]) die *L*. 18. *Cod. h. t.* es heißt: fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit. Der ausbedungene Theil der Früchte kann aber auch b) eine Pars quota des Totuum seyn, welcher nur in Beziehung auf das bestimmt ist, was der Colonus ernten wird, z. B. ein Drittel der Früchte. Ein solcher Pacht, welcher *Locatio partiaria*, der Pächter aber *Colonus partiarius*, auch *Partiarius* schlechtweg, bei den Griechen *Γεωργὸς μορτίτης*, genannt wurde, war bei den Römern sehr gewöhnlich [91]). Nicht nur Cato [92]) gedenkt desselben, sondern auch Plinius [93]) der Jüngere, welcher einen solchen Theilpacht dem Geldpachte vorzog. Es ist diese Stelle, welche Johann Fried. Gronov [94]) mit einem trefflichen Commentar erläutert hat, sehr merkwürdig. Die hierher gehörigen Worte sind: Cum me necessitas locandorum praediorum plures annos ordinatura detineat, in qua mihi nova consilia sumenda sunt. Nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones,

90) S. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXIX. Th. 2. und Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. IV. not. d.

91) S. *Dider.* Schacher Diss. de re frumentaria. *Traject. ad Rhen.* 1709. Cap. V. §. 15—17. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. selectiss. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. III. pag. 203. sqq.)

92) *De re rustica*. Cap. 16. et Cap. 136. Man sehe auch Cicero *Lib. III. in Verrem* cap. 30. u. Livius Lib. XXVII. Cap. 3.

93) *Lib. IX. Epist.* 37.

94) Observation. Lib. IV. Cap. 16. pag. 719. edit. *Frid.* Platneri. *Lipsiae* 1755.

reliqua creverunt: inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi: rapiunt etiam, consumuntque, quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere. Occurrendum ergo augescentibus vitiis, et medendum est. Medendi una ratio, *si non nummo*, *sed partibus locem*, ac deinde ex meis aliquos exactores operi custodes frustibus ponam: et alioqui nullum iustius genus est reditus, quam quod terra, coelum, annus refert. Es fragt sich aber, ob denn dieses Geschäft wirklich für einen Pacht, oder nicht vielmehr für einen Gesellschafts-Contract, oder wohl gar für einen ungenannten Contract zu halten sey? Alles kommt hier auf eine Stelle des Cajus an, welcher *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* sagt: Vis major, quam Graeci *θεῶν βίαν*[95]), id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui *ad pecuniam numeratam* conduxit: alioquin *partiarius colonus*, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi

95) Die Basilica Tom. II. p. 427. haben das Wort *θεομηνία*, iram Dei. Diese Leseart hält *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. pag. 1514. *Thes. Otton.* für richtiger. Denn es ist bekannt, daß die Römer widrige Zufälle dem Zorne der Götter zuschrieben. SENECA Lib. I. *de ira* cap. 27. et Lib. VI. *Natur. Quaest.* cap. 3. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. §. *Huc usque* pag. 424.

rtitur. Vermöge dieser Stelle sagen nun Viele[96]), die
eatio partiaria, oder, wie man sie gewöhnlich nennt,
lonia partiaria[97]), sey mehr ein Gesellschafts- als
Pachtcontract. Es finde daher die actio pro Socio
att. Allein schon das hier gebrauchte Wort QUASI
gt deutlich genug an, daß dieses Geschäft kein ei-
ntlicher Societäts-Contract sey, sondern nur das mit
sem Contracte gemein habe, daß der colonus hier mit
n Eigenthümer des Grundstücks Gewinn und Verlust
ilt. Daß übrigens der Contract ein wahrer Pacht sey,
s welchem daher mit der actio locati et conducti
klagen ist, erhellt schon daraus, weil dieses Contracts
ter der Rubrik: Locati conducti Erwähnung geschieht
[98]). Da jedoch der Contract irregulär ist, so glaube

) CUJACIUS Recitat. in L. 5. Cod. h. t. CONNANUS Commentarior. iur. civ. Lib. VII. c. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 34. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. 18. §. 2. (in *Thes. Meerm.* T. III. p. 520.) u. Bucher Recht der Forderungen §. 73. a. E.

) Der Ausdruck *Colonia* für *Conductio* kommt vor L. 24. §. 4. *D. h. t.*, wo Paulus sagt: nam et qui expulsus a *conductione* in aliam se *coloniam* contulit. So wird auch das Pachtgut selbst *colonia* genannt. *L.* 20. §. 3. *D. de instr. et instrum. legato.* S. BRISSON. de Verb. Signif. voc. *Colonia.*

) S. *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio. Lib. I. Cap. 24. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. n. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 99.) *Pet.* RUSIUS Comm. ad L. 2. D. Locati. *Ev.* OTTO Commentar. ad Instit. §. 2. h. t. *Did.* SCHACHEN Diss. cit. de re frumentaria Cap. V. §. 16. und Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pacht-Contract. §. 895.

hen Viele[99]), daß auch die actio praescriptis verbis Statt finde, welche hier mit der actio ex locato conducto eben so electiv concurrire, als in dem Falle der *L. 50. D. de contrah. emt.* und *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor.* die actio praescriptis verbis mit der actio ex vendito. Warum man bei fruchttragenden Grundstücken in Rücksicht der merces oder pensio von der Regel abgewichen ist, hat theils in einer besondern Begünstigung des Ackerbaues, theils in der Betrachtung seinen Grund, daß es für das gemeine Wohl sehr nachtheilig gewesen wäre, wenn man das Geschäft in dem Falle, wo ein Theil der Früchte, statt des Pachtgeldes, ausbedungen wurde, in einen ungenannten Contract hätte übergehen lassen wollen, weil dann eines Theils gar keine Klage daraus Anfangs entstanden wäre, andern Theils aber auch eben so, wie bei den ungenannten Contracten, ein willkührliches Zurücktreten von dem Contract hätte gestattet werden müssen, welches aber bei einem in dem gemeinen Leben so gemeinnützigen, ja nothwendigen Contracte von sehr schädlichen Folgen gewesen seyn würde, wie auch Anton Schulting[100]) sehr richtig bemerkt hat. Ist jedoch in anderen Fällen auf eine merces in Geld contrahirt worden, so wird das Wesen des Contracts dadurch nicht geändert, wenn auch nachher durch Uebereinkunft der Partheien etwas Anderes an

99) S. *Ian. a.* COSTA Commentar. ad Princ. Instit. h. t. p. 442. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXIX. Th. 3. und *Io.* D'AVEZAN Libr. Contractuum II. Tr. II. §. Sed quaeritur. (*Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 97.)

100) Cit. loc. Th. 2.

ungsstatt gegeben wird [1]). Denn so ist es auch beim contract [2]); überhaupt aber sieht man ja immer bei racten auf den Anfang [3]), und ganz bestimmt wird auch in der *L.* 19. §. 3. *D. Locati.* gesagt. Hier Ulpian:

Si dominus exceperit in locatione, *ut frumentum modum certo pretio acciperet*, si domi- nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex cede deducere, *potest quidem totam summam locato petere*, sed utique consequens est exi- are, officio iudicis hoc convenire, habere ra- em, quanto conductoris intererat, in frumento us, quam in pecunia, solvere pensionis exce- n portionem. Simili modo, *et si ex con- cto agatur*, idem erit dicendum.

Es ist hier von dem Falle die Rede, wo Anfangs Pacht in Geld bedungen, nachher aber verabredet den war, daß für einen Theil des Pachtgeldes eine ntität Früchte geliefert werden sollte, welche zu dem e zu einem gewissen Preise angeschlagen worden war. Daß hiedurch das Wesen des Contracts nicht ge- rt werde, beweis't die aus demselben gestattete Klage, lich die actio ex locato und ex conducto. derbar scheint es zwar zu seyn, daß der Verpächter

Guil. PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. VIII. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXIX. h. 4. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contr. 896. Bucher Recht der Forderungen. §. 73. a. E. S. 143.

L. 9. *Cod. de resc. vendit.*

L. 8. *pr. D. Mandati.* *L.* 1. §. 13. *D. Depositi.*

dennoch die Getraide-Lieferung ausschlagen, und auf das Anfangs bedungene ganze Pachtgeld klagen kann. Der Grund aber hievon ist, weil das pactum die einmal begründete Verbindlichkeit zur Bezahlung des versprochenen Pachtgeldes nicht aufheben, noch die Klage ändern konnte [4]). Setzt ihm jedoch der Pächter die Einrede der Fruchtverabredung entgegen, so kann ihn der Richter zur Leistung das Interesse condemniren, und dieses vom Pachtgelde abgerechnet werden. Eben so kann aber auch der Pächter mit der actio conducti den Verpächter nöthigen, den ganzen Pacht in Geld anzunehmen [5]) Leidet jedoch der Verpächter dabei Schaden, so muß auch hier das Interesse geschätzt, und der Pächter zu dessen Leistung verurtheilt werden. Daß heutzutage aus dem pactum selbst auf Erfüllung dessen, was dadurch ausgemacht wurde, geklagt, und keinem Theile wider seinen Willen etwas Anderes aufgedrungen werden könne, hat schon Westphal [6]) hiebei richtig bemerkt.

Die merces muß nun auch noch die übrigen Eigenschaften haben, welche das pretium beim Kaufcontract hat. Sie muß daher

1) im Ernste festgesetzt seyn, so daß sie als ein Aequivalent für den Gebrauch der Sache oder den Nutzen der Dienste gelten kann und soll (*Merces vera*).

4) S. Bachov ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XXIX. Th. 3. lit. G.

5) S. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad h. L. Pothier Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XI. Not. b. und Brummer Exercit. cit. Cap. III. §. 18. pag. 421.

6) Vom Kauf, Pacht ꝛc. §. 806. S. 666.

Ist daher ein Miethgeld nur zum Scheine (dicis gratia) ausbedungen, oder eine solche Kleinigkeit beliebt worden, welche mit dem gestatteten Nutzen der Sache oder des Dienste in gar keinem Verhältnisse steht, welches die Gesetze *conducere nummo uno* [7]) nennen, so ist kein Mieth- noch Pachtcontract geschlossen worden, sondern geschieht dieß zur Umgehung der Gesetze, um ein ungiltiges Geschäft, z. B. eine Schenkung unter Ehegatten, darunter zu verbergen, oder um einen Dritten zu hintergehen, so ist das Geschäft nichtig; liegt hingegen bei dieser Simulation die reine Absicht, zu schenken, zum Grunde, und geschieht sie in einem solchen Falle, wo die Schenkung gesetzlich nicht untersagt ist, so gilt das Geschäft zwar nicht als ein Miethcontract, aber doch als eine Schenkung. Dieß bestätigen folgende Gesetzstellen:

L. 46. *D. h. t.* Si quis conduxerit *nummo uno*, conductio *nulla* est, *quia et hoc donationis instar inducit* [8]).

7) *L.* 46. *D. h. t. L.* 10. §. *ult. D. de acquir. vel amitt. possess.* Der nummus unus wird auch von den Alten *Sestertius nummus* genannt, und wird immer gebraucht, um eine Kleinigkeit damit zu bezeichnen. Denn ein solcher *Nummus* galt nur $2^1/_2$ Asses, daher der Name *Sestertius* kommt, quasi Semis tertius, wie *Jos.* Averanius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29. aus mehreren Stellen des Cicero erwiesen hat. Der Grund, den *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 46. D. h. t. braucht, warum eine Locatio nicht nummo uno geschehen könne, weil Merces in pecunia numerata bestehen müsse, pecunia vero numerata non potest in uno nummo consistere, quia unitas non est numerus, kann wohl nicht als der wahre Grund angenommen werden, und ist schon von Averanius c. l. nr. 10. widerlegt worden.

8) Die *Basilica* T. II. pag. 483. haben: *δωρεᾶς γὰρ εἰσάγει μέμημα.* i. e. *donationis enim inducit similitudinem.*

L. 52. D. de donat. inter vir. et uxor. Si vir uxori, *donationis causa*, rem vilius locaverit, *locatio nulla est.*

L. 10. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess. Si quis et conduxerit et rogaverit precario, ut possideret; siquidem *nummo uno* conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat; *quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.*

Zwei Fälle waren jedoch ausgenommen, in welchen auch eine locatio nummo uno facta bei den Römern galt, nämlich a) wenn sie als ein Rechtsmittel vorgeschrieben ist, um den Rückfall eines gewissen Rechts zu verhüten, wie in dem Falle der *L. 66. D. de iure dot.*, wovon schon an einem andern Orte [9]) gehandelt worden ist; b) wenn der Gebrauch der Sache oder der Dienste in der That nicht mehr werth ist. Ein Beispiel hiezu gibt Plautus, in dessen Aulularia [10]) ein alter Geizhals, Euclio, den armen Koch Congrio für einen nummus gedungen hatte, um ihm ein mageres Lamm zu braten.

Ist jedoch Anfangs eine ordentliche merces im Ernste versprochen worden, so bleibt das Geschäft dennoch ein wahrer Pacht- oder Miethcontract, wenn gleich in der Folge die Bezahlung ganz erlassen wird. So lehrt Ulpian *L. 5. D. h. t.* Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam: ex locato et conducto agen-

9) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 634. S. 226. ff. und Brummer cit. Exerc. Cap. III. §. 17.

10) *Aulularia* Act. III. Sc. II. v. 34. Nummo sum conductus, plus iam medico mercede opus est.

erit. Eben so Paulus *L.* 24. §. 5. *D. h. t.* in plures annos fundum locaverat, testamen-o damnavit heredem, *ut conductorem liberaret.* ion patiatur heres eum reliquo tempore frui, *x conducto* actio; quod si patiatur, nec mer-s remittat, ex testamento tenetur. Der Grund er der schon mehrmals angeführte, weil Contracte ihrem Anfange beurtheilt werden[11]). Was ist denn für ein Unterschied zwischen Bezahlung und Erlassung Liethgeldes, da auch die letztere der ersteren gleichge-wird[12])?

Daß man auch eben so gut aus Freundschaft wohl-vermiethen und verpachten, als aus Freundschaft eil verkaufen kann, hat keinen Zweifel[13]). Uebri-muß der Pachtzins, wie er einmal bedungen ist, ge-werden. So wenig also der Pächter berechtigt ist, ersprochene Pachtvergeltung einseitig herabzusetzen, so wenig ist auch der Verpächter befugt, sie, so der Pacht dauert, willkührlich zu erhöhen[14]).

2) Das Mieth- oder Pachtgeld muß ferner gesetz-g seyn (merces iusta). Es ist auch hier, wie bei Kaufe. Ist es gesetzlich bestimmt, so ist dem Locator

. Westphal §. 893.

. 52. *D. de Solut.* S. *Ger.* Noodt Commentar. ad . h. t. §. *Alterum.* T. II. *Oper.* pag. 422.

os. Averanus Interpretat. iuris Lib. I. Cap. 29. nr. 12. 13.

. 16. *Cod. h. t.* Legem conductionis servari oportet, pensionum nomine amplius, quam convenit, reposci.

keine Ueberteuerung erlaubt. Wird es aber erst durch Uebereinkunft der Partheien bestimmt, so wird nicht nothwendig erfordert, daß eine vollkommene Gleichheit zwischen der merces und dem Nutzen, welchen der Conductor von dem Gebrauche der Sache oder den Diensten zieht, vorhanden seyn müsse. Das Mieth- oder Pachtgeld ist vielmehr so lange für gesetzmäßig zu halten, als keine Verletzung über die Hälfte erweislich ist. Außerdem können die Partheien dasselbe nach Willkühr bestimmen, wie hoch sie wollen. Es gehört hieher die Stelle des Paulus *L.* 22. §. 3. *D. h. t.*, wo es heißt: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: *ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* Soll also in Absicht auf die Bestimmung des Mieth- oder Pachtgeldes eben das Rechtens seyn, was beim Kaufe gilt, so kann auch wohl die Anwendbarkeit der *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* auf den Mieth- oder Pachtcontract um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, da beide Contracte hierin ganz nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden [15]),

15) *Pr. I. h. t.* S. Voet Comm. ad Pandect. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 13. *Ant.* Merenda Controversiar. iuris Lib. I. c. 36. §. 6. sqq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Tit. de resc. vendit. §. 24. *Ern. Henr.* Mylius Specim. iurist de remedio L. 2. Cod. de resc. vendit. in locatione conductione. *Lipsiae* 1744. *Christ. Lud.* Daudet Diss. de aequitate L. 2. Cod. de resc. vend. in locat. conductione. *Argentor.* 1765. *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ad quaestion. ex iure vario dubias. Vol. II. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. 58.

i gleich mehrere Rechtsgelehrte[16]) anderer Meinung
Daß wenigstens der Ausspruch des Hermogenian
3. *D. h. t.* Et ideo *praetextu minoris pensionis*,
tione facta, si nullus dolus adversarii probari
it, rescindi locatio non potest, uns nicht zuwi-
ey, ist schon an einem anderen Orte[17]) gezeigt wor-
Die Praxis hat auch schon längst für unsere Mei-
entschieden[18]). Hat bei der Angabe des Mieth-
Pachtgeldes der Conductor den Locator nicht recht
ınden, und Ersterer weniger geben wollen, als Letzterer
ıgt hat, so ist der ganze Contract des Irrthums
ı ungültig. Hätte hingegen der Conductor aus Irr-
ein höheres Mieth- oder Pachtgeld geboten, als der
or verlangt hat, so gibt der Erstere nicht mehr, als
etztere gemeint hat[19]). Denn das Versprechen einer

. 48. sqq. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Th. §. 197.
. i. Man sehe auch oben §. 1032. Not. 21.

5. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII.
. 8. *Ulr.* Huber Prael. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5.
3. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen.
70. Not. 5. Bucher Recht der Forderungen §. 73. Not. t.
146. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 504.
. c. u. a. m.

5. die erste Abtheil. §. 1032. S. 123. ff.

arpzov Iurispr. for. P. II. Const. 34. Def. 10. Stryk
mod. Pand. Tit. de resc. vendit. §. 6. et 14. Boeh-
Select. capita eaque plurim. practica circa locat. et
duct. praedior. rusticor. Cap. II. §. 2. Struben recht-
Bedenken 3. Th. Bed. 119.

. 52. *D. h. t.* Westphal §. 926.

größern Summe schließt auch die Einwilligung in die geringere in sich [20]). Das Miethgeld muß endlich

3) auch bestimmt seyn, (*Merces certa*). Hier gilt wieder eben das, was oben beim Kaufgelde bemerkt worden ist [21]). Die Contrahenten können nämlich das Mieth- oder Pachtgeld entweder selbst bestimmen oder auch die Bestimmung einem Dritten überlassen. Nur wird in dem letzteren Falle erfordert, daß nicht nur eine gewisse Person ernannt sey, sondern diese auch das Miethgeld wirklich bestimme. Ist nicht Beides vereinigt, so ist der Contract nichtig. Cajus belehrt uns hierüber auf folgende Art:

L. 25. *pr. D. h. t.* Si merces promissa sit generaliter *alieno arbitrio*, locatio et conductio contrahi non videtur. Sin autem *quanti Titius aestimaverit*, sub hac condictione stare locationem, ut si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire: *sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.*

20) *L.* 1. §. 4. *D. de Verb. Oblig. L.* 110. *D. de div. reg. iur.* S. *Ant.* Faber Rational. in L. 52. D. h. t.

21) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. Brümmer Diss. de locat. et conduct. Cap. III. §. 16. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract §. 925.

Daß hier überhaupt Alles eben so sey, wie beim
contract, sagt auch Justinian §. 1. *I. h. t.* Et
supra diximus, si alieno arbitrio pretium
nissum fuerit, eadem et de locatione et con-
ione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio
ces promissa fuerit. Man wende also hier an,
oben [22]) darüber beim Kaufcontract ausführlicher
t worden ist.

Ist wegen des Miethgeldes zwar nichts ausdrücklich
redet worden, hat aber doch auch der Gebrauch der
e nicht unentgeltlich überlassen, oder haben die Dienste
umsonst geleistet werden sollen, so ist in einem sol-
Falle entweder das Miethgeld schon durch Gesetz oder
hnheit bestimmt oder nicht. In dem ersteren und an-
Falle ist ein stillschweigender Miethcontract vorhan-
3). Eben dieß gilt, wenn schon vorhin die näm-
Sache für eine bestimmte merces an die nämliche Per-
vermiethet worden war. Denn hier nimmt man an,
lle beim Alten bleiben, wenn keine neue Verabredung
das Miethgeld getroffen worden ist [24]). In dem
en Falle hingegen, wenn das Miethgeld weder durch
ag, noch durch Gesetz noch durch Gewohnheit be-
t ist, sondern blos im Allgemeinen erklärt wurde,

. den 16. Th. §. 980. und *Io.* D'Avezan Libr. Contract.
Tr. II. §. *Plane.* pag. 98.

Werner Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 68.
gen Tr. de locatione. Cap. IX. nr. 89. sqq. und Estor
ngsgründe des gemeinen u. Reichsprozesses 3. Th. §. 139.
73. Man sehe auch oben §. 1045.

. 18. *Cod. h. t.* Frantzkius Comm. ad Pand. h. t. nr.
und *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. Obj.

man werde wegen des Miethgeldes schon einig werden, muß dasselbe, wenn nachher keine Vereinigung Statt findet, durch richterliches Ermessen festgesetzt werden. Das Geschäft ist aber dann nicht sowohl als ein Miethcontract, sondern als ein unbenannter Contract anzusehen, weshalb die actio praescriptis verbis anzustellen ist, weil es hier an einer wesentlichen Bestimmung des Miethcontracts, nämlich der Gewißheit des Miethgeldes fehlt [25]). Ist die Bestimmung des Miethgeldes blos in die Willkühr des anderen Theils gestellt worden, so ist der Contract nichtig [26]).

25) §. 1. *I. h. t.* Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, *quantum inter eos convenerit*, non proprie *locatio et conductio* contrahi intelligitur, sed eo nomine *actio praescriptis verbis* datur. Diese aus Cajus entlehnte Stelle lautet in den Pandecten vollständiger so: *L.* 22. *D. de praescr. verb.* Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. *Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse iudicium, id est, praescriptis verbis.* Man sehe *Guil.* Prousteau Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVIII. §. 11. u. Estor a. a. O.

26) Arg. *L.* 7. *pr. L.* 35. §. 1. *D. et L.* 13. *Cod. de contrah. emt.*

§. 1050.

Wirkungen des Miethcontracts 1) im Allgemeinen.
Praestatio culpae.

Soviel hiernächst das Rechtsverhältniß unter den
trahenten anbelangt, so ist zuerst darauf zu sehen, ob
Mieth- und Pachtcontract, wie gewöhnlich, als ein
sich bestehender Hauptvertrag, oder, wie zuweilen
Fall seyn kann, nur als ein Nebenvertrag bei ei
andern Hauptgeschäfte verabredet worden ist. Z. B.
Käufer soll bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das
is nur miethweise bewohnen und dafür bis dahin ein
thgeld bezahlen. Hier ist das Rechtsverhältniß nur
Seiten des Käufers aus dem Miethcontracte zu beur-
en. Denn die Verpflichtung von Seiten des Ver-
ers bestimmt der Kaufcontract. Es kann aber doch
Verkäufer auf die Bezahlung der Miethgelder eben so
l actione locati, als venditi klagen, wie folgende
tzstellen lehren:

L. 20. §. 2. *D. h. t.* PAULUS *lib.* 34. *ad Edi-*
m. Interdum locator non obligatur, conductor
igatur: veluti *cum emtor fundum conducit,*
ec pretium ei solvat.

L. 21. *D. eodem.* IAVOLENUS *lib.* 11. *Epistola-*
s. Cum venderem fundum, convenit, *ut donec*
unia omnis persolveretur, certa mercede em-
fundum conductum haberet: an soluta pecu-
, merces accepta fieri debeat? Respondit: *Bona*
es exigit, ut, quod convenit, fiat: sed non
lius praestat is venditori, quam *pro portione*
temporis, quo pecunia numerata non esset.

Die actio locati bleibt auch dann noch fortdauernd, wenn gleich das Hauptgeschäft wegen der angehängten lex commissoria vernichtet wird, wie ebenfalls Paulus lib. 34. ad Edictum lehrt.

L. 22. *pr. D. eodem.* Item [27]) si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc *ex locato* erit actio.

In der Regel entspringt aber aus dem Mieth- und Pachtcontract eine gegenseitige Verbindlichkeit, und zwar wird das Rechtsverhältniß unter den Partheien theils durch die ausdrückliche Verabredung derselben, theils durch Prästation dessen bestimmt, was die Natur des Contracts und die Billigkeit mit sich bringt. Es ist also

I) darauf zu sehen, was unter den Contrahenten verabredet worden ist. Diese Bestimmungen machen die Lex contractus aus, und müssen mit allem Fleiß und aller Redlichkeit erfüllt werden, wenn sie auch sonst der Natur des Contracts und dem Landesgebrauche nicht gemäß seyn sollten, vorausgesetzt, daß sie nur keinem gesetzlichen Verbote entgegen sind[28]). Nihil magis enim bonae fidei

27) Cujacius Observat. Lib. XVI. cap. 21. will statt *Idem* besser: id est gelesen wissen, weil die *L.* 22. eine Fortsetzung der in der *L.* 20. abgebrochenen Rede sey. Denn beide Fragmente seyen aus Paulus *libro* 34. *ad Edictum* genommen. Allein man kann diesen Zusammenhang zugeben, ohne daß deswegen eine Emendation nöthig ist. Denn offenbar ist hier von einem andern Falle die Rede, wie auch *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad h. L. bemerkt hat. Man sehe noch Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract. §. 897.

28) S. *Ev.* Otto Comment. ad §. 5. I. h. t. und *Georg. Lud.* Boehmer Diss. de obligatione locatoris ob impedi-

gruit, sagt Ulpian *L.* 11. §. 1. *D. de. act. emti* *vend.* quam id praestari, *quod inter contrahentes* *um est.* Und Cajus sagt *L.* 25. §. 3. *D. h. t.* ıderheit von dem Conductor: quod omnia *secundum* *em conductionis* facere debeat. Daß aber nur ı aller Anspruch wegfällt, wenn Alles geschehen ist, bedungen wurde, zeigt Ulpian *L.* 13. §. 1. *D.* . an folgendem Beispiele: Si navicularius onus turnas vehendum conduxerit, et cum flumen turnense navis ea subire non posset, in aliam em merces transtulerit, eaque navis in ostio ıinis perierit, tenetur primus navicularius. LA-, *si culpa caret, non teneri ait*; caeterum si *invito domino* fecit, vel, *quo non debuit tem-* *s*, aut si *minus idoneae navi* imposuit, tunc *locato* agendum. Und überhaupt sagt Ulpian 5. § I. *D. eodem*: Si quid *in lege conductio-* convenit, *si hoc non praestatur*, ex conducto :ur. In allem Uebrigen aber, worüber nichts aus- lich verabredet worden ist, tritt

II) die praestatio ex aequo et bono ein, und wird durch die Natur des Contracts bestimmt. ıdsi nihil convenit, fährt Ulpian in der oben an-)rten *L.* 11. §. 1. *D. de act. emti et vend.* fort, : ea praestabantur, *quae naturaliter insunt* sc. :ractui, *ipsius iudicii potestate.* Denn hierein n beide Theile stillschweigend gewilligt[29]). So erklärt

n rei locatae usum. Cap. I. §. 4. et 5. (in *Electis iuris* ›. Tom. I. Exerc. X. pag. 257. seqq.)

S. BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 7.

sich denn auch die Stelle aus Justinians Institutionen §. 5. *h. t.*, wo, obwohl nur in Beziehung auf den Conductor, gesagt wird: Omnia *secundum legem conductionis* facere debet, et si quid *in lege* praetermissum fuerit, id *ex bono et aequo* praestare. Zu dem, was beide Theile gegenseitig ex aequo et bono zu prästiren haben, gehört nun vorzüglich

III) daß sich die Contrahenten nicht nur einander nicht betrügen dürfen, sondern auch noch außerdem verpflichtet sind, alle Verletzungen und Schäden von einander abzuwenden, welche nur immer durch menschlichen Fleiß und Sorgfalt verhütet werden können. Jeder Contrahent ist daher a) dem Andern von dem Augenblick der Perfection des Contracts an für dolus und culpa lata verantwortlich, und weil der Contract von der Art ist, daß beide Theile Nutzen haben, so muß b) nach der Regel der *L.* 5. §. 2. *D. Commodati. L.* 108. §. 12. *D. de legat. I.* und *L.* 23. *D. de div. regul. iuris*, auch jede culpa prästirt werden, die durch diligentia oder custodia hätte vermieden werden können, das heißt: es muß der Schade ersetzt werden, wenn der Contrahent entweder die Sache selbst verletzte oder sie nicht gegen äußere Unfälle durch die nöthigen Veranstaltungen schützte und überhaupt nicht so handelte, wie irgend ein fleißiger und vorsichtiger Mann unter den gegebenen Umständen gehandelt haben würde[30]). Nur den rein zufälligen Schaden

30) S. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 864. der 4. Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Band. §. 507. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen §. 557. Hasse Culpa des röm. Rechts §. 95. S. 492. ff.

cht keiner dem andern zu ersetzen. Folgende Stellen hier merkwürdig:

L. 1. *Cod. de locato et cond.* Imp. ANTONI-
A. Agrippino. Dominus horreorum pericu-
vis maioris, vel effratcuram latronum, condu-
i praestare non cogitur. Hic cessantibus, si
l extrinsecus ex depositis rebus, illaesis hor-
, perierit, damnum depositarum rerum ei re-
:ire debet.

L. 28. *C. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS et MA-
IANUS *Neroni.* In iudicio tam *locati* quam
ducti dolum et *custodiam*, non etiam *casum*,
resisti non potest, venire constat.

L. 5. §. 15. *D. Commodati.* ULPIANUS *lib.* 28.
Edictum. Si duobus vehiculum commodatum
vel locatum simul. CELSUS filius scripsit
o VI. Digestorum, quaeri posse, utrum unus-
:que eorum in solidum, an pro parte tenea-
? Et — esse verius ait, *et dolum et culpam*
diligentiam et custodiam in totum me prae-
'e debere.

L. 13. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edi-*
m. Si fullo vestimenta polienda acceperit, ea-
mures roserint, *ex locato* tenetur, *quia de-*
t ab hac re cavere; et si pallium fullo permu-
erit, et alii alterius dederit, *ex locato* actione
ebitur, *etiamsi ignarus fecerit.*

L. 9. §. 5. *D. eodem.* ULPIANUS ibidem. CEL-
etiam imperitiam culpae adnumerandam *libro* 8.
gestorum scripsit. Si quis vitulos pascendos

vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse;* quippe ut artifex, inquit, conduxit.

L. 25. §. 7. *D. eodem.* Caius *lib.* 10. *ad Edictum provinc.* Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum operae uteretur, *culpa* acciderit; *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.*

L. 40. *D. eodem.* Caius *lib.* 5. *ad Edictum provinc.* Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, *is huius periculum custodiae praestat.*

L. 60. §. 7. *D. eodem.* Labeo *Posteriorum lib.* 5. *a Javoleno epitomatorum.* Servum meum mulionem conduxisti, negligentia eius mulus tuus periit. Si ipse se locasset, ex peculio duntaxat et in rem verso, damnum tibi praestaturum dico; sin autem ipse eum locassem, *non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse.*

§. 5. *J. de locat. et cond.* Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, *ab eo custodia talis* desideratur, *qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet;* quam si praestiterit, et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

L. 12. *pr. D. de furtis.* ULPIANUS *lib.* 29. *ad Sabinum.* Itaque fullo, qui curanda polienda vestimenta accepit, furti semper agit; *praestare enim custodiam debet.*

L. 14. §. 12. *D. eodem.* ULPIANUS *lib.* 29. *ad Sabinum.* Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, *si modo culpa eius subrepta sit res.*

L. 48. §. 4. *De eodem.* ULPIANUS *lib.* 42. *ad Sabinum.* Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum sit, et tibi competit furti actio, *quia custodia rei ad te pertinet*; et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare, et id faciendo furtum admiseris. Ita erit casus, quo fur furti agere possit.

Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart, nach welcher man zwischen einem gemeinen oder mittelmäßigen, und einem außerordentlichen Fleiße, so wie zwischen culpa levis und levissima zu unterscheiden pflegt, behauptet man, daß in diesem Contracte nur culpa levis prästirt werde. Wenn sich jedoch Jemand mit Ausübung einer Kunst abgibt oder ein seiner Natur nach schweres Geschäft unternimmt oder einen höhern Lohn erhält, als sonst gewöhnlich ist, nur dann hafte er auch für das geringste Versehen [31]). Andere hingegen verwerfen auch diese Ausnahmen, und sagen, was beim Künstler auch nur

31) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 29. et 30. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 5. I. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 32. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXX. Th. 6.

culpa levis sey, wäre bei Andern culpa levissima, und in §. *penult. J. h. t.* werde der Superlativ für den Positiv gesetzt[32]). Allein man hat nicht nöthig, einen solchen Unterschied zu machen. Auch das Aeußerste, was jemals verlangt werden kann, ist immer nur auf das gewöhnliche Maß menschlicher Kräfte zu beziehen, und der Contrahent ist außer aller Schuld, wenn er das that, was in der Regel ein fleißiger Mann als solcher in dem gegebenen Falle gethan hätte. Man muß sich nur von der diligentia diligentis patrisfamilias nicht die gewöhnliche, und also eine gar zu geringe Vorstellung machen. Denkt man sich darunter einen blos mittelmäßigen Fleiß, so stimmt diese Vorstellung freilich mit der Ansicht der Römer nicht vollkommen überein, nach welcher ein diligens paterfamilias ein solcher genannt wird, welcher nicht nur seinen Geschäften durchaus gewachsen ist, sondern auch in seinem Betriebe auf Ordnung hält. *Homo diligens* est et *studiosus paterfamilias*, sagt Paulus *L.* 25. *D. de probat.* cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. Was nun ein solcher fleißiger Mann zu leisten im Stande ist und daher zu leisten pflegt, wird auch von Jedem in der Regel bei fremden Sachen, und also auch in diesem Contracte, verlangt. So versteht sich's denn nun von selbst, daß derjenige, welcher sich mit Andern in Geschäfte einläßt, welche Geschicklichkeit, Genauigkeit und Ordnung erfordern, auch

32) BRUMMER Exercit. de locat. et conduct. Cap. IV. §. 6. et 7. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iuris. Cap. XVIII. §. 17. sqq. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXII. not. a.

lich diese anwenden müsse. Thut er dieß, so thut
iter nichts als seine Pflicht. Er thut nichts mehr
nichts weniger, als jeder tüchtige Mann thun würde.
kein bonus et diligens paterfamilias wird etwas
nehmen, was er nicht versteht, oder ein Geschäft
inem mittelmäßigen Grade von Aufmerksamkeit trei,
welches den höchsten erfordert. Was also in der
l. §. 7. *D. h. t.* von der Transportirung einer leicht
chlichen Sache gesagt wird, gilt allemal, wenn aus
d einem Grunde die fremde Sache eine vorzügliche
erksamkeit erheischt. Dennoch ist dieß immer nur
entia diligentis patrisfamilias, weil ein tüchtiger
fleißiger Mann, als solcher, immer thut, was er soll,
nur das unterläßt, was in der Regel keinem zuge-
t werden kann[33]).

Für den Schaden, den ein Dritter an der vermiethe-
der gemietheten Sache thut, steht weder der Locator
Conductor, wenn er nur seiner Seits dabei nichts
hen hat; sonst wird ihm auch die Handlung des Drit-
illig zur Last gelegt. Z. B. er hat den Dritten durch
seligkeit gegen ihn zur Rache gereizt. So stehen fol-
Gesetzstellen in Verbindung:

L. 41. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 5. *ad Edictum.*
de damno *ab alio* dato agi cum eo non posse,
ANUS ait. *Qua enim custodia consequi potuit,*
amnum iniuria ab alio dari possit? Sed MAR-
US interdum esse posse ait: sive custodiri
it, ne damnum daretur, sive ipse custos dam-

S. Joh. Christ. Hasse die Culpa des röm. Rechts.
iel 1815.) §. 24. S. 121. ff.

num dedit. Quae sententia MARCELLI probanda est.

L. 25. §. 4. *D. h. t.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edictum provinciale.* Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit [34]).

Hat der Contrahent die gemiethete Sache selbst beschädigt, so kann wegen dieser Culpa auch actione Legis Aquiliae geklagt werden, wie Cajus am angeführten Orte §. 5. lehrt.

Ipse quoque si exciderit, non solum *ex locato* tenetur, sed etiam *Lege Aquilia.*

Eben dieß bestätigt Paulus *L.* 43. *D. h. t.*, wo er *lib.* 21. *ad edictum* sagt:

Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae*, et *ex locato* actio est; sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

IV. Die Verbindlichkeit aus dem Contracte geht übrigens auch auf die Erben der Contrahenten über, der Contract mag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen worden seyn.

L. 10. *Cod. h. t.* Imp. GORDIANUS *A. Pomponio.* Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans: cum

34) S. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. L. pag. 709. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXX. Th. 7. PÜTTMANN Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 1. pag. 24. sq. und Westphal vom Kauf- und Mieth-Contract. §. 936.

perpetua conductio est, etiam ad heredes
mittatur; sive temporalis, intra tempora loca-
heredi quoque onus contractus incumbat.
). *ult. J. eodem.* Mortuo conductore intra
ora conductionis, heres eius eodem iure in
ictione succedit.

§. 1051.

:sondere Verbindlichkeiten A. bei der Vermiethung der Sachen, 1) auf Seiten des Locators.

)ie besonderen Verbindlichkeiten bei der Vermiethung
ichen bestehen auf **Seiten des Locators** darin:
) Der Locator ist schuldig, die versprochene Sache
:en Zubehörungen dem Conductor zu dem bestimmten
iche vollständig einzuräumen und auch die Möglichkeit
:n zu gewähren. Damit aber ein der Sache ange-
:r Gebrauch fortdauernd möglich sey, muß der Loca-
:cht nur den Conductor in den natürlichen Besitz
n vermietheten oder verpachteten Sache setzen, son-
iuch die Sache selbst zu dem bestimmten Gebrauche
; einrichten lassen und in diesem brauchbaren Stande
n. Der Vermiether ist daher die nothwendige Aus-
ng der Sache auf seine Kosten zu übernehmen schul-
Er steht aber nicht nur für die Tauglichkeit der
, sondern auch für den ungehinderten Gebrauch der-
und zwar darf er den Conductor nicht nur selbst
)indern, die Sache auf die in dem Contract be-
e Art zu gebrauchen, er muß ihm daher alle von
)achtgute zu ziehenden Früchte überlassen, selbst den
;en Gewinn, den er z. B. durch die Diebsklage
n hat, sondern er ist auch schuldig, ihn, wenn er

von Andern daran durch seine Schuld gehindert wird, zu entschädigen, und den Gebrauch der Sache zu gewähren. Alles dieß begreifen die römischen Rechtsgelehrten in der Formel zusammen: ut conductori *frui licere* praestet locator, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellt:

L. 9. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *Lib. XXXII. ad Edictum.* Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpave eius, POMPONIUS ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, *ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere.*

L. 15. *pr. et* §. 1. *D. eodem.* IDEM *eodem libro.* Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere, ut puta, *si re, quam conduxit, frui ei non liceat,* forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat.

L. 18. *Cod. de locato et cond.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. *Amno.* Excepto tempore, quo edaci locustarum pernicie sterilitatis vitium intercessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi Praeses provinciae jubebit.

L. 6. *D. h. t.* CAIUS *libro X. ad Edictum provinciale.* Is, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, *quod rei nomine furti actione consecutus est.*

L. 25. §. 2. *D. eodem.* CAIUS *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Si, vicino aedificante, obscuren-

tur lumina coenaculi, *teneri locatorem inquilino*, certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

L. 58. §. 2. *D. eodem.* LABEO *libro IV. Posteriorum a* JAVOLENO *epitomatorum.* Quidam in municipio balneum praestandum annuis viginti nummis conduxerat: et ad refectionem fornacis, fistularum similiumque rerum, centum nummi ut praestarentur ei, convenerat; conductor centum nummos petebat. Ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisdaret.

Ist der Conductor durch des Locators Schuld, es sey durch Dolus oder auch nur durch irgend eine Culpa desselben, verhindert worden, den versprochenen Nutzen aus der ihm vermietheten oder verpachteten Sache zu ziehen, so bezahlt er nicht nur kein Pachtgeld, sondern der Locator muß ihm auch allen daher entstehenden Schaden vergüten [35]).

L. 15. §. 8. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum.* Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienum [36]), vel quasi procurator, vel quasi suum,

35) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. §. 10. (in EIUS *Elect. iur. civ.* Tom. I. Exercit. X. pag. 264.)

36) Man hat hier nicht nöthig, mit der Glosse gerade einen solchen Fall anzunehmen, wo der Verpächter sich fälschlich für

quod interest, praestabitur. Et ita PROCULUS in procuratore respondit.

L. 24. §. 4. *D. eodem.* PAULUS *lib. XXXIV. ad Edictum.* Colonus, *si ei frui non liceat*, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione, in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, *neque ipse pensionum nomine obligatus erit: et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur.* Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest.

L. 25. §. 1. *D. eodem.* CAIUS *libro X. ad Edictum provinc.* Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, *curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

Ein Gleiches gilt auch in dem Falle, wenn die Sache zu dem Gebrauche, zu welchem sie vermiethet worden, untauglich, oder wohl gar schädlich befunden worden ist. Läßt sich der Mangel bei genauer Ansicht schon durch die

den Bevollmächtigten des Eigenthümers, oder der Nichteigenthümer die fremde Sache wissentlich für die seinige ausgab. Es kann ihm eine Culpa zur Last fallen, wenn er auch gleich nicht in dolo ist. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. cit. et L. 15. §. 8. D. h. t.

äußeren Sinne entdecken, so kann sich der Verpächter auch nicht einmal mit der Unwissenheit entschuldigen. Z. B. es sind mangelhafte Gefäße zur Aufbewahrung flüssiger Sachen vermiethet worden. Entdeckte man aber den Fehler, den man der Sache selbst nicht ansehen konnte, erst durch die Erfahrung, so kommt es darauf an, ob dem Verpächter diese Erfahrung bereits bekannt war, oder nicht. Nur im ersteren Falle haftet er für das Interesse, in dem letzteren Falle aber kann er nur keinen Pacht fordern. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn Jemand eine Wiese oder Waldung zur Abhutung verpachtet hat, worauf oder worin giftige Kräuter wachsen, wovon des Pächters Vieh gestorben ist, wie folgende Gesetzstelle lehrt:

L. **19. §. 1.** *D. h. t.* **ULPIANUS** *libro XXXII. ad Edictum.* **Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest; nec ignorantia eius erit excusata; et ita CASSIUS scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes. Et ita SERVIO, LABEONI, SABINO placuit.**

Wie die Berechnung des Interesse zu machen sey, wenn der Gebrauch der vermietheten Sache durch Entwährung gehindert wird, zeigen folgende Gesetzstellen an dem Beispiele einer Sublocation:

L. **7.** *D. h. t.* **PAULUS** *libro* **32.** *ad Edictum* **Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius**

a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto, sexaginta consequi debere placet: quia ipse Titio tenearis in sexaginta.

L. 8. *D. eodem.* TRYPHONINUS *libro IX. Disputationum.* Nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, *sed quanti interest, perfrui conductione: tantumdemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit*; quoniam emolumentum conductionis, ad comparationem uberioris mercedis computatum, maiorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo iure utimur.

Wenn also der Conductor die Sache, die er um 50 Thlr. gemiethet hat, wieder für 60 Thlr. vermiethet hätte, so kann er zwar, wie Tryphonin mit Recht sagt, weder die 50 noch die 60 Thlr. von seinem Vermiether fordern, weil er die 50 Thlr., die er demselben hätte bezahlen müssen, wenn keine Entwährung vom Eigenthümer geschehen wäre, ihm nun nicht bezahlt, noch bezahlen darf, sondern nur den Gewinn bringt er in Anschlag, den er aus der Sublocation durch das höhere Miethgeld von dem zweiten Conductor erhalten hätte, und dieser besteht nicht in 60 Thlr., sondern, nach Abzug jener 50 Thlr., nur in 10 Thlr. Allein da der zweite Conductor wegen des zu zahlenden höhern Miethgeldes auch ein höheres Interesse in Anschlag bringt, welches ihm sein Vermiether vergüten muß, so kann diesen Ersatz billig der erste Conductor (medius) von seinem Locator

rn. Er schlägt also sein Interesse auf so hoch an, r dem zweiten Conductor deshalb haftet [37]).

Die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse fällt) weg, wenn der Locator im Stande ist, dem Con- r eine andere gleich gute Sache zu dem bestimmten auche zu verschaffen, gesetzt auch, daß er sie zu die- wecke wieder bei einem Andern gemiethet hätte. Es ist der Conductor in diesem Falle den ganzen Miethzins inen Locator zu bezahlen schuldig. Hätte aber der or auf solche Art für den Conductor nicht gesorgt, es zwar auch dem Conductor unverwehrt, sich selbst einer andern Miethe umzusehen; nur muß ihm, er dafür mehr bezahlen muß, als er dem ersten Lo- gegeben hätte, dieser Schaden vergütet werden, vor- setzt, daß dem Conductor kein Betrug dabei zur Last

L. 9. pr. D. h. t. ULPIANUS *libro* 32. *ad Edi-* *a.* Plane si dominus non patitur, *et locator pa-* *s sit, aliam habitationem non minus commodam* *estare*, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

L. 28. §. 2. *D. eodem.* LABEO *lib.* 4. *Posterio-* *epitomator. a Javoleno.* Idem iuris esse [38]),

5. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. LL. *Jac.* Cu- ius in Iulio Paulo ad L. 7 et 8. D. h. t. *Oper. postum.* II. pag. 550. edit. *Fabrot.* POTHIER Pandect. Iustinian. t Nr. XLVII. not. e. f. g. und Westphal vom Kauf-, cht- und Miethcontract. §. 948.

Dieß geht auf den §. 1. L. cit. vorgetragenen Fall, wo ge- t wird, daß der Conductor dennoch das Miethgeld bezahlen sse, wenn er in dem baufälligen Hause geblieben ist, aus

si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. Sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset, et is[39]), in qua habitaret, conduxisset, *tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset*[40]). Caeterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse[41]).

Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn sich gleich Anfangs ein Hinderniß finden sollte, weßhalb der Conductor

welchem er hätte ziehen können. Eben dieß gilt nun auch in dem Falle, wenn der Locator dem Conductor eine andere eben so bequeme Wohnung verschafft, und das Miethgeld dafür entrichtet. Die Worte: *Si potestatem conducendi habebat*, gehen also auf den Locator, und wollen soviel sagen: Si locator conductori fecit copiam alterius domus. Eben so die nachfolgenden Worte: *uti pretium conductionis praestaret*, nämlich ipse locator. S. Westphal vom Kauf- und Pacht-Contract §. 955. u. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. c.

39) sc. aliam domum.

40) Das heißt: dem Conductor muß das Miethgeld vom Locator ersetzt werden, wenn er die andere Miethe etwa theuerer bezahlen muß, ohne daß derselbe sich einer Collusion schuldig gemacht hätte.

41) Räumt auch Jemand dem Conductor die Wohnung unentgeltlich ein, so kann er doch für diese Zeit dem Locator das Miethgeld anrechnen, eben so, als wenn er es wirklich bezahlt hätte. Er gibt also dem Locator nun soviel weniger Miethzins. In den *Basilicis* Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. pag. 428. heißt es: *πρὸς ἀναλογίαν τοῦ χρόνου μειοῦται τὸ μίσθωμα*. i. e. *pro portione temporis merces minuitur.*

Miethe nicht sogleich beziehen kann, der Locator aber Stande ist, demselben, bis jenes Hinderniß gehoben eine andere eben so bequeme Wohnung anzuweisen. r kann der Conductor von dem Miethcontracte nicht :hen, sondern muß sich die Wohnung bis dahin ge- :n lassen und den versprochenen Miethzins bezahlen.

L. 60. *D. h. t.* LABEO *Lib.* 5. *Posteriorum a Ia- :no epitomatorum.* Cum in plures annos domus ıta est, praestare locator debet, ut non solum itare conductor ex Calendis illis [42]) cuiusque is, sed etiam locare habitatori, si velit, suo pore possit [43]). Itaque si ea domus ex Calen- Ianuariis fulta [44]) in Calendis Iuniis perman- et, ita ut nec habitare quisquam, nec osten- e alicui posset, nihil locatori conductorem prae- urum: adeo ut nec cogi quidem posset, ex Ca- lis Juliis refecta domo habitare, *nisi si paratu-*

Holoander und Baudoza lesen *Calendis Iuliis.* Diese seart billigt auch *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. p. 14. (in *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1546.) llein zu dieser Emendation ist keine Nothwendigkeit vorhan- :n. *Calendae illae* sollen blos den contractsmäßigen Anfang r Miethzeit anzeigen. S. Westphal §. 954.

Diese Worte gehen auf eine Sublocation.

Statt *fulta* lesen Haloander und Baudoza *fracta.* *Ant.* UGUSTINUS Emendat. c. l. will hingegen *rupta* lesen. Allein e Leseart *fulta* stimmt auch mit den Basiliken Tom. II. p. 37. überein, welche *ὑπόρϑωσιν ἔχων ὁ ὄικος* haben, e. domus habens fulcimentum. S. *Io. Guil.* HOFFMANN eletemata ad Pand. Diss. XVII. §. 5. circ. fin.

fuisset locator, commodam domum ei ad habitandum dare.

Ist das Hinderniß oder die Unbequemlichkeit in Ansehung des Gebrauchs der Sache nur gering oder von kurzer Dauer, so kommt dieß nicht in Betracht. Der Conductor darf deswegen von dem Miethzinse nichts abziehen; noch weniger ist er berechtigt, deswegen von dem Contracte abzugehen.

L. 27. pr. D. h. t. ALFENUS *lib. 2. Digestorum.* **Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet. Ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret aliquam partem parvulam incommodi sustineret, non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet.**

Fällt dem Locator keine Schuld zur Last, so muß er zwar dem Conductor von der Zeit an, wo Letzterer in dem Gebrauche der Sache verhindert worden ist, das Mieth- oder Pachtgeld erlassen; allein eine Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse findet hier nicht weiter Statt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Conductor von dem Locator selbst, oder durch die Handlung eines Dritten gehindert worden ist, wenn nur in dem ersteren Falle der Locator eine rechtmäßige Ursache hatte, z. B. weil die Sache einer nöthigen Reparatur bedurfte, und in dem letzteren Falle der Locator sich der Handlung des Dritten zu widersetzen nicht vermochte. Hier ist es denn eben so gut, als wenn der Conductor durch einen unabwendbaren

Unglücksfall gehindert worden wäre, die ihm vermiethete Sache zu gebrauchen. Zwei Stellen des Sextus Cäcilius Afrikanus in seinen libris Quaestionum, welche Jacob Cujaz in seinen Tractatibus ad Africanum Tr. VIII. mit einem trefflichen Commentar erläutert hat, bestätigen diese Sätze auf das Vollkommenste.

L. 33. *D. h. t.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestionum.* Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. *Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris.* Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur; quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. *Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

L. 34. *D. eodem.* CAIUS *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Perinde ac latronum in cursu id acciderit.

L. 35. D. eodem. AFRICANUS *lib. 8. Quaestionum.* Et haec distinctio convenit illi, quae a SERVIO introducta, et ab omnibus fere probata est: ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario nec ne id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam eius, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, in bona fide negotium contraxerit: non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

Aus dieser letzteren Stelle ergibt sich, daß der Unterschied, den Afrikan hier zwischen der Erlassung des Pachtgeldes und der Leistung des Interesse macht, auch in dem Falle zu berücksichtigen sey, wenn der Gebrauch der verpachteten Sache wegen einer erfolgten Entwährung aufgehoben wird. War der Verpächter in bona fide, so daß ihm weder ein Dolus noch eine Culpa zur Last fällt, so kann er zwar von der Zeit der erfolgten Entwährung an kein Pachtgeld mehr fordern, allein ein weiteres Interesse ist er dem Conductor zu leisten nicht verbunden. Die Redensart: *praedium suum locare*, heißt also bei Afrikan soviel, als *praedium tanquam suum locare*, und die Worte: *et bona fide negotium contraxerit*, zeigen an, daß der Verpächter in gutem Glauben ein fremdes Grundstück, d. i. in der Meinung, er sey der Eigenthümer, verpachtet hatte. Daß hier von einer Verpachtung

die Rede sey, die von dem Nichteigenthümer geschehen ist, erhellt noch deutlicher aus dem Nachsatz: non de eo, *qui alienum praedium per fraudem locaverit.* Anton Faber[45]) ist zwar anderer Meinung: er glaubt, der Verpächter müsse in jedem Falle das Interesse leisten, er möge gewußt haben, daß die verpachtete Sache eine fremde Sache sey, oder nicht. Dieß beweise die oben schon vorgekommene *L.* 9. *pr. D. h. t.* Die Worte: *per fraudem* in der Stelle des Afrikanus wären daher überflüssig und für den Zusatz eines unwissenden Auslegers zu halten. Vincentius Cabot[46]) tadelt zwar den Faber mit Recht wegen dieser Crisis[47]), gibt ihm aber doch in der Hauptsache nicht Unrecht, sondern modificirt seine Meinung nur auf die Art, daß der Verpächter, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben verpachtet hat, die Klage auf das Interesse dadurch abwenden könne, wenn er bereit sey, dem Conductor eine andere eben so gute und bequeme Sache zu verschaffen, welches sich aber der Conductor nicht gefallen zu lassen brauche, wenn der Locator in mala fide sey. Allein die Worte des Ulpian in der *L.* 9. *pr. D. h. t.* locatorem teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui, quod conduxit, licere, beweisen noch nicht, daß derjenige, welcher

45) Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 5.

46) Disputation. Lib. I. cap. 26. (in *Thes. Meermann.* T. IV. pag. 612.)

47) Cabot c. l. hätte noch zur Wiederlegung der Faberschen Meinung anführen können, daß auch die *Basilica* T. II. p. 431. mit der Florentinischen Leseart hierin übereinstimmen, und die Worte *per fraudem* durch *κακῇ πίστει* i. e. mala fide übersetzen.

domum bona fide emtam mir vermiethet hat, wenn mir solches sine dolo culpaque eius von dem Eigenthümer evincirt worden ist, von welchem Falle Ulpian hier redet, das Interesse zu leisten schuldig sey. Denn auch Afrikan braucht die Redensart: *L.* 33. *pr. D. h. t.* Locatorem teneri ex conducto, *ut mihi frui liceat*, quamvis per eum non stet, *quominus id praestet*. Er erklärt es aber so: *ut mercedem, quam praestiterim, restituat, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare quid cogatur.* Eben so erklärt die angeführte *L.* 9. *h. t.* auch Jacob Cujaz[48]) und ihm stimmen Justus Meier[49]) und Georg Ludw. Böhmer[50]) bei. Hat hingegen der Nichteigenthümer eine fremde Sache als die seinige wissentlich, oder so, daß er es hätte wissen können, vermiethet, so ist er dem Conductor das Interesse zu vergüten allerdings verbunden, und kann sich durch die bloße Erlassung oder Erstattung des bereits bezahlten Miethgeldes von seiner Verbindlichkeit nicht befreien. Daß der Locator, wenn ihm wegen des verhinderten Gebrauchs der vermietheten oder verpachteten Sache keine Schuld beizumessen ist, ausser der Erlassung des Pachtgeldes für die Zeit, wo der Gebrauch weggefallen ist, sonst kein weiteres Interesse leisten dürfe, bestätigen noch folgende merkwürdige Gesetzstellen:

48) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. D. h. t.

49) *Ευδοξῶν* Iustinianeor. sive Disputation. apologet. iur. civ. Dec. VI. Cap. 9. pag. 993.

50) Diss. cit. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. §. 16.

L. 15. §. *ult. D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Interdum ad hoc ex locato agetur, *ut quis locatione liberetur.* JULIANUS libro 15. Digestorum scripsit. Utputa Titio fundum locavi, isque pupillo herede instituto decessit; et cum tutor constituisset abstinere pupillum hereditate, ego fundum pluris locavi: deinde pupillus restitutus est in bona paterna. *Ex conducto nihil amplius eum consecuturum, quam ut locatione liberetur; mihi enim iusta causa fuit locandi.*

L. 16. *D. eodem.* JULIANUS *libro* 15. *Digestorum.* Cum eo tempore in pupillum actiones nullae darentur.

L. 17. *D. eodem.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Tutelae tamen cum tutore iudicio, inquit, aget, si abstinere non debuit.

L. 18. *D. eodem.* In quo inerit etiam hoc, quod ex conductione fundi lucrum facere potuit.

Da sich der Mündel von der Erbschaft seines Vaters, welcher den Pachtcontract mit mir geschlossen hatte, lossagte, so konnte man es mir nicht verdenken, wenn ich nun das Grundstück, so gut ich konnte, wieder zu verpachten suchte. Ich hatte dazu gerechte Ursache, weil ich aus dem Contracte des Vaters keine Klage mehr gegen dessen unmündigen Sohn hatte. Nun erhielt zwar der Pupill gegen die geschehene Lossagung von der väterlichen Erbschaft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; allein er kann doch nun mit der actio conducti weiter nichts ausrichten, als daß ihm für die übrige Zeit das Pachtgeld

erlassen wird. Hat der Vormund dabei etwas versehen, so muß er sich an diesen halten und gegen denselben mit der actio tutelae auf Entschädigung klagen [51]).

L. 30. pr. D. h. t. ALFENUS *lib. 3. Digestorum a Paulo epitomatorum.* Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam. Quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium *necessario* demolitus esset, *pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci,* et tanti litem aestimari: sin autem *non fuisse necesse* demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*

Der Conductor hatte hier das Haus wieder sublocirt, was der Locator nachher, weil er es für baufällig hielt, einreissen ließ. War das Einreissen nöthig, so bekommt der Miether nur das schon bezahlte Miethgeld von der Zeit an zurück, wo durch den Bau der Gebrauch der Wohnung gehindert wurde, oder er zahlt nur bis dahin das Miethgeld, wo er die Wohnung gebraucht hat. Geschah hingegen das Einreissen ohne Noth, nur um ein besseres Gebäude herzustellen, so muß der Vermiether dem Conductor auch den Gewinn vergüten, den

51) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 15. §. ult. D h. t. Westphal vom Kauf- und Mieth- Contract. §. 1023.

den Aftermiethern gezogen haben würde, so wie llen andern ihm daraus entstandenen Schaden[52]). Sollte der Conductor selbst daran Schuld seyn, daß ersprochene Nutzen von der gemietheten Sache gezogen werden konnte, so fällt von Seiten des rs alle Verbindlichkeit zur Erlassung des Miethgeldes er behält vielmehr das ihm vermöge des Mieth- gs zustehende Recht, den ganzen Miethzins zu for- nicht anders, als wenn der Conductor den vollständi- ebrauch der Sache gehabt hätte[53]).

§. 1052.

, wo der Locator den Conductor vor der Endigung der Contractzeit vertreiben kann.

Der Locator ist II. verpflichtet, dem Conductor den uch der Sache die ganze Pacht- oder Miethzeit hin- zu lassen. Er darf ihn also nicht vor Endigung en vertreiben, zumal wenn das Miethgeld schon für nze Zeit bezahlt ist; ausgenommen, wenn ihn die e in einzelnen Fällen dazu berechtigen. Hieher ge- orzüglich

L. 3. *C. de locato et cond.* Imp. ANTONINUS A. *norphoniae.* Aede, quam te conductam ha- dicis, si pensionem domino in solidum solvi- invitam te expelli non oportet, *nisi propriis s dominus eam necessariam esse probaverit, corrigere domum maluerit, aut tu male in cata versata es*[54]).

5. Westphal vom Kauf- und Miethcontract. §. 933.
.24. §. 2. *D. h. t.* S. *G. L.* BOEHMER cit. Diss §. 12.
Man sehe über dieses Gesetz *Io. Volk.* BECHMANN Diss. ad . C. de loc. et cond. *Ienae* 1682. *Henr.* HAHN Diss. de

Nach diesem Gesetze kann also der Conductor vor geendigter Mieth- oder Pachtzeit vertrieben werden,

1) wenn der Locator beweisen kann, daß er die Sache zum eigenen Gebrauche nöthig hat [55]). Es wird jedoch eine solche Nothwendigkeit vorausgesetzt, welche nicht vorauszusehen war, und wegen welcher der Locator nun seine eigene Sache schlechterdings nicht mehr entbehren kann, ohne selbst in Schaden und Beschwerlichkeiten zu gerathen [56]). Z. B. sein bisheriges Wohnhaus brennt ab, und er kann keine andere Wohnung bekommen, welche hinreicht, um seine Familie darin unterzubringen. Da die Nothwendigkeit aus den vorkommenden Umständen zu beurtheilen ist, so muß hier das Weitere dem billigen Ermessen des Richters überlassen werden. So ist z. B. eine getroffene Heirath des Locators, oder vermehrte Anzahl der Kinder nicht schlechthin, sondern nur dann für eine rechtmäßige Ursache,

conductore expellendo ante finitam locationem. *Helmst.* 1655. *Io. Henr.* Felz Diss. de causis, ob quas locator inquilinum ante tempus statutum expellere potest. *Argent.* 1714. Ittig Diss. de expulsione conductoris ante tempus. *Lipsiae* 1730. *Sam. Frid.* Willenberg Diss. de conductore ante finem contractus expellendo (in *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Nr. 51.) *Io. Ge.* Stoer Diss. de iustis expellendi conductorem causis intra tempora locationis locatori competentibus, ad L. 3. Cod de loc. et cond. *Erlangae* 1758. und *P. C.* Schmutz Diss. de conductore ante tempus expellendo. *Argent.* 1785.

55) *God. Lud.* Mencken Diss. de iure expellendi colonum ob supervenientem necessitatem. *Helmstadii* 1751. (in *Opuscul.* Nr. XIV.)

56) Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 34.

den Contract aufzuheben, anzusehen, wenn diese Ereignisse zur Zeit der Vermiethung nicht zu vermuthen waren[57]). Da das Gesetz bloß von gemietheten Häusern redet, so entsteht die Frage, ob es bloß auf Gebäude einzuschränken, oder auch auf andere Sachen, und besonders auf Feld- und Landgüter zu erstrecken sey? Mehrere Rechtsgelehrte[58]) behaupten das Erstere, weil die in der *L. 3. C. h. t.* enthaltenen Fälle, als besondere Anordnungen des Civilrechts, und als Ausnahmen von der Regel, welche jederzeit streng erklärt werden müßten, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes oder der sogenannten Clausel: **rebus sic stantibus**, zu behandeln wären, bei Landgütern aber auch wirklich nicht derselbe Grund, wie bei Wohnhäusern, vorhanden sey. Denn Landgüter könne man immer eher, als ein Wohnhaus, entbehren. Allein die practischen Rechtsgelehrten[59]), denen auch einige Theoretiker[60]) beitreten, halten eine Ausdehnung dieses

57) S. Boehmer Consultat. et Decis. T. II. P. I. Resp. 390. nr. 8. Carpzov P. II. Const. 37. Def. 6. Struben a. a. O.

58) Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. §. 12. Hahn ad *Wesenbecium* h. t. nr. 15. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 35. Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 20. not. a. Boehmer Introd. in ius Dig. §. 23. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 90. S. 388. und Gebr. Overbek Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Band Medit. 19.

59) Mevius P. II. Decis. 88. Carpzov P. II. Const. 37. Def. 6. nr. 11. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t §. 43. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 25. not. 3

60) Mencken Diss. cit. §. 12. et 13. Stoer cit. Diss. §. 7. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16. Walch Introd. in

Gesetzes auf Landgüter nicht für unzuläßig, weil auch bei diesen sich Umstände ereignen können, welche den eigenen Gebrauch derselben dem Locator nothwendig machen, und nach dem Geist des Gesetzes die Vermiethung immer die stillschweigende Bedingung enthalte, wenn der Locator seiner Sache nicht selbst benöthigt sey. Diese letztere Meinung ist der Billigkeit wegen in der Praxis die herrschende geworden, obwohl die erstere theoretisch strengere Meinung, welcher auch Westphal[61]) beizustimmen scheint, sowohl die Basiliken[62]), als das canonische Recht[63]) für sich hat. Man streitet ferner darüber, ob sich's der Locator gefallen lassen müsse, wenn ihn der Conductor bei sich aufnehmen will, und auch das vermiethete Haus für Beide Raum und Zimmer genug enthält. Viele[64]) wollen dieß

controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 10. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 680. not. b.

61) Vom Kauf- und Mieth-Contract. §. 1021. S. auch den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 310.

62) Die *Basilica* T. II. pag. 439. in fine sind dem lateinischen Texte ganz treu geblieben. Sie haben: *εἰ μὴ ἄρα ἢ εἰς ἰδίαν χρείαν ἀναγκαίαν δέεται τοῦ οἴκου*: i. e. *nisi ad proprios usus necessarios aede locata dominus indigeat.*

63) S. *Cap.* 3. *X. de loc. et cond.*, welches ebenfalls, wie die *L.* 3. *C. eod.* nur von dem Vermiether eines Hauses redet.

64) Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 12. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 43. in fin. *Sam. de* Cocceji Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. und *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iur. controv. an locator ob propriam rei locatae indigentiam conductorem expellens, cogi possit, ut, si sufficiat ea, partem conductori concedat? *Lipsiae* 1776.

ı läugnen, weil das Gesetz das Recht des Locators beschränke, sondern ihm solches im Falle einer nicht rgesehenen Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs Unterschied einräume, überdem alle Gemeinschaft den ıen verhaßt sey, und hiezu auch gewissermaßen ein Contract erfordert würde. Allein das Gesetz be- ſt das Recht des Locators, den Conductor vor der zu vertreiben, ausdrücklich nur auf den Fall des behrlichen Selbstgebrauchs. Räumt nun der Con- : dem Vermiether soviel Zimmer zum Gebrauche ein, ieser nöthig hat, so fällt ja nun der Grund weg, aus em er dem Conductor die Miethe aufzukündigen be- jt ist. Es kann ihm also auch kein weiteres Recht en. Eine Gemeinschaft, die den Gebrauch hindern , entspringt auch daraus eben so wenig, als deshalb euer Contract erfordert wird, sondern der Locator dem Conductor das Miethgeld für die Zimmer und e des Hauses verhältnißmäßig, welche ihm der Mieths- eingeräumt hat[65]). Da die gedachte Verordnung röm. Rechts unstreitig auch selbst in Ansehung des hcontracts eine singuläre ist, so erlaubt sie auf andere ıäfte keine Ausdehnung[66]). Sie leidet aber auch in

le Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. XXV. not. 3. ller ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. δ. Nr. IX. ıer cit. Diss. §. 8. Emminghaus ad *Coccejum*. c. l. not. i. ;. 466. u. Gebr. Overbeck Meditationen. 8. Bd. Medit. 397. Tuldenus Comm. in Cod. Lib. IV. Tit. 23. nr. 1. Lau- ıbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Thibaut Theo- der logischen Auslegung des R. R. §. 18. nr. 3. S. 78. zweiten Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts B. §. 680. Not. b. S. auch den 13. Th. dieses Commen- s §. 855. S. 446.

Ansehung der Studirenden keine Ausnahme, wenn gleich einige Rechtsgelehrte[67]) wegen der Auth. *Habita* Cod. IV. 13. Ne filius pro patre anderer Meinung sind. Denn die Worte: *secure habitent* haben offenbar auf unser Gesetz keine Beziehung, sondern gehen blos auf Schutz gegen äußere Gewalt[68]). Die irrige Meinung der alten Glossatoren, daß Studirende auch sogar berechtigt wären, Miethsleute überall, wo es ihnen gefällt, zu vertreiben, um hiedurch eine bequemere Wohnung zu erhalten, ist längst durch eine eigene Verordnung des Pabstes Clemens *III. Cap.* 1. *de locato et conducto* (III. 18.) verworfen worden. Selbst das Recht des Vermiethers fällt weg, wenn die Ursache der Nothwendigkeit schon zur Zeit des Contracts vorhanden oder wenigstens vorauszusehen war; denn hier ist es so gut, als ob er sich seines Rechts begeben hätte[69]). In einer Verordnung des Pabsts Gregor. IX. *Cap.* 3. X. *de locato et cond.* heißt es ganz bestimmt: Verum invito inquilio domum inhabitare vel reficere poteris, si *necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore, id exposcat*, remissa sibi pro residuo temporis pensione. Daß jedoch dem Locator dasselbe Recht der Aufkündigung zustehe, wenn er die vermiethete Sache auch für die Seinigen, für die er zu sorgen hat, nothwendig braucht, wird billig angenommen[70]). Bedient

67) Brunnemann Comm. ad L. 35. D. h. t. nr. 2.

68) Lauterbach c. l. Müller ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. ε. nr. I. Stoer cit. Diss. §. 10.

69) Mencken cit. Diss. §. 4. et Stoer cit. Diss. §. 18.

70) Mencken cit. Diss. §. 6. und Müller ad *Struvium* Exerc XXIV. Th. 12. not. δ. nr. IV.

übrigens der Vermiether seines Rechts, so ist er dem
her deshalb zu keinem Schadensersatze verbunden, er
ht ihm, wie das angeführte *cap.* 3. *X. h. t.* sagt,
r nichts als den Miethzins für die übrige Zeit nach-
en, wenn auch gleich der Conductor dadurch eine
e Wohnung zu miethen genöthigt worden wäre,
welche er jährlich mehr bezahlen müßte[71]). Haben
ere Miteigenthümer das Haus gemeinschaftlich ver-
et, und die Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs
nur einen derselben betroffen, so behaupten fast
[72]), hier finde die *L.* 3. *C. h. t.* keine Anwendung,
nach *L.* 28. *D. Comm. divid.* bei einer gemein-
lichen Sache keiner der Miteigenthümer ohne die
illigung des Andern Etwas vorzunehmen berechtigt
Allein der Miteigenthümer konnte ja seinen Antheil
ohne Einwilligung des Andern veräussern[73]); warum
er sich denn nicht auch des dem Locator im Falle

5. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 16. Lauterbach
lleg. th. pr. Pand. h. t. §. 46. Gebr. Overbeck Medi-
ionen über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 148.
s Gegentheil behauptet zwar Heineccius Pandect. P. III.
324. Not. *). Allein die von ihm angeführten Gesetze
15. §. 8. und *L.* 33. *in fin. D. h. t.* gehören gar nicht
rher. S. Stoer Diss. cit. §. 62.

Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 45. Müller
Struvium. Exercit. XXIV. Th. 12. not. *δ.* nr. 5. Brun-
mann Comm. ad. L. 35. D. h. t. nr. 6. Carpzov P. II.
cis. 137. *Ge. Fr. de* Ploennies praecipua et contro-
rsa locat. conduct. Capita §. 73.

L. 68. *pr. D. pro socio.* *L.* 3. *Cod. de commun. rer.*
ienat. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 739.

der Noth gestatteten Aufkündigungsrechts in Ansehung seines Antheils bedienen können, da er ja mehr nicht als diesen vermiethen konnte[74])?

2) Der andere Fall, in welchem das Gesetz dem Locator die einseitige Aufkündigung des Contracts vor der Zeit gestattet, ist, wenn die vermiethete Sache einer nöthigen Reparatur bedarf, welche bei fortdauerndem Gebrauche des Conductors nicht möglich ist[75]). Diese Nothwendigkeit muß, wenn es zum Prozesse kommt, durch eine Besichtigung der Bauverständigen dargethan werden[76]). Da hier zugleich das gemeine Beste dabei interessirt ist, wenn aus dem Einsturz des Gebäudes Unglück zu befürchten ist, so findet in diesem Falle weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Entsagung statt[77]). Es tritt hier vielmehr die Regel ein: ius publicum privatorum pactis mutari non potest[78]). War jedoch die Nothwendigkeit gleich Anfangs vorhanden, und diese auch dem Vermiether nicht unbekannt, so muß er dem Conductor das Interesse leisten, außerdem darf er ihm nur den Miethzins für die übrige Zeit erlassen[79]). Es kann aber auch der Conductor nach vollendeter Reparatur von dem Locator verlangen, daß er ihm die

74) Stoer cit. Diss. §. 9.

75) S. Stoer cit. Diss. §. 21—27.

76) Müller ad *Struv.* Ex. XXIV. Th. 12. not. φ. nr. V.

77) Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 3. in fin.

78) *L.* 7. §. 14. *L.* 38. *D. de pactis.*

79) Müller ad *Struvium* Ex. XXIV. Th. 12. not. η. nr. III. et IV.

Miethe bis auf die Zeit, wo sie nach dem geschlossenen Contracte geendigt ist, wieder einräume. Denn da die Ursache der Vertreibung nur temporell war, so wacht sein Recht, wenn diese gehoben ist, wieder auf[80]).

3) Der dritte Fall ist, wenn der Conductor schlecht mit der Sache umgeht, sie verdirbt, das Haus zu einem Bordell macht[81]) oder den Acker nicht ordentlich baut[82]). Daß der dadurch verursachte Schaden unersetzlich seyn müsse, sagen die Gesetze nicht. Das Gegentheil behauptet zwar Cocceji[83]), allein die *L.* 5. §. 2. *D. Commodati*, worauf er sich beruft, bestimmt hierüber nichts, sondern sagt nur, daß in dem Miethcontracte dolus und culpa prästirt werde. Es leide zwar keinen Zweifel, daß der Locator auch auf Schadensersatz klagen und Caution fordern könne, wenn er den Conductor nicht vertreiben will[84]). Allein daß er, wenn der Schade sich repariren läßt, auch damit zufrieden seyn müsse, läßt sich aus *L.* 41. *D. de*

80) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. Müller ad *Struv.* Exerc. XXIV. Th. 12. not. *q.* nr. VI. Stoer cit. Diss. §. 27.

81) Das ältere röm. Recht begünstigte zwar die Lupanaria. *L.* 27. §. 1. *de heredit. petit.* Allein man sehe dagegen die *Nov. XIV.* des K. Justinian. Vergl. *Ian.* Langlaeus Semestrium Lib. VIII. cap. 8. und *Io. Lud.* Langguth Diss. de muliere quaestuaria. *Lipsiae* 1733. praes. *Andr. Flor.* Rivino def. Cap. III. §. 10.

82) *L.* 54. §. 1. *D. h. t.*

83) Iur. civ. controv. h. t. Qu. Verb. *Tertia species.*

84) S. Mevius P. V. Decis. 356. nr. 2. Emminghaus ad *Coccejum* c. l. Not. I. pag. 466. sq.

iudiciis nicht erweisen[85]). Es heißt hier vielmehr, was Paulus sagt *L. 6. D. Quod falso tutore auctore*. **Melius est, rem restitui, quam incertum cautionis eventum spectare.** Endlich

4) wenn der Conductor zwei Jahre lang den Mieth- oder Pachtzins nicht bezahlt hat[86]). Hier hilft dem Pächter auch das Versprechen nichts, daß ihn der Verpächter vor Endigung der Pachtzeit nicht vertreiben wolle, weil dieß unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen ist, wenn der Pächter seiner Verbindlichkeit gehörig nachkommen werde, wie aus folgender Gesetzstelle erhellt:

L. 54. §. 1. *D. h. t.* PAULUS *Libro V. Responsorum*. **Inter locatorem fundi et conductorem convenit:** ***ne intra tempora locationis Sejus conductor de fundo invitus repelleretur, et si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori,*** **vel** ***Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, atque decem Titio locatori praestare vellet;*** **quod invicem de se stipulati sunt. Quaero,** ***cum Sejus conductor biennii continui pensionem non solveret,*** **an sine metu poenae expelli possit? PAULUS respondit: quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita,** ***si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret:*** **et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensioni-**

85) S. STOER cit. Diss. §. 29.

86) S. *Nic. Christoph.* L. B. *de* LYNCKER Diss. *de* expulsione conductoris, si pensionibus non paruerit. *Jenae* 1687. rec. 1743. STOER cit. Diss §. 42. sqq.

satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

Ein zweijähriges Ausbleiben des Pachtgeldes, Bedingung des Ausbietens des Pächters, besonders [we]nn der Verpächter durch gerichtliche Sequestration der [Fr]üchte und Sachen des Pächters seine Bezahlung zu [erh]alten sucht, erfordert auch eine andere hieher gehörige [Ge]setzstelle ausdrücklich.

L. 56. D. h. t. PAULUS *libro sing. de officio [pr]aefecti vigilum.* Cum domini horreorum insu[lar]umque desiderant, diu non apparentibus, nec [eiu]s temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere a [pub]licis personis, quorum interest, audiendi sunt. *[Te]mpus autem in huiusmodi re biennii debet [obs]ervari.*

Es fragt sich aber, wie die hier in beiden Gesetzen [best]immte zweijährige Frist, nach deren Ablauf der Con[duc]tor wegen nicht bezahlten Pachtgeldes vertrieben wer[den] kann, zu verstehen sey? Die Ausleger sind darüber [seh]r verschiedener Meinung. Mehrere Rechtsgelehrte [87]) [wo]llen diese Verordnungen blos auf den Fall einschrän[ken], wenn jährliche Zahlung ausgemacht worden sey.

[87]) BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 5. Th. 25. Not. 3. [N]r. I. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs 254. [i]n fin. BOEHMER Exercitat. ad Pand. Tom. III. pag. 476. [§]. 3. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Ein[r]eden §. 988. Westphal vom Kauf-, Pacht- u. Miethcon[t]ract §. 1020. Gebrüder Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 8. B. Meditat. 430. Dieser Meinung [s]cheint auch Hellfeld beizustimmen, wenn er hier sagt: *si mercet bis non soluta.*

Wäre daher bedungen worden, daß das Miethgeld halbjährlich oder auch alle Vierteljahre bezahlt werden solle, so könne der Conductor ausgetrieben werden, wenn er nur zwei dergleichen Termine habe verstreichen lassen, ohne den Miethzins zu bezahlen. Diese behaupten daher, daß der Conductor auch in kürzerer Zeit vertrieben werden könne. Allein da die angeführten Gesetze ausdrücklich von einem zweijährigen Pachtzins-Rückstande reden, und es überhaupt der Natur der Consensual-Contracte nicht eigen ist, wegen eines bloßen Verzugs auf die Aufhebung zu klagen, wofern es nicht ausdrücklich verabredet worden ist, sondern eigentlich nur auf Erfüllung geklagt werden kann, so ist es wohl das Sicherste, wenn wir bei den Worten der Gesetze stehen bleiben[88]), solang weder die Partheien selbst, noch die besondern Landesgesetze[89]) hierüber etwas bestimmt haben. Andere[90]) hingegen meinen, das biennium sey nur von den Fällen zu verste-

88) S. Pufendorf Observat. iur univ. Tom. IV. Obs. 182. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Malblanc Princip. iuris Rom. T. II. §. 558. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 890. Not. 5. und *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 17.

89) Nach dem preuß. Landrecht 1. Th. 21. Tit. §. 298. berechtigt freilich schon der Rückstand zweier Termine den Locator, dem andern Theile den Contract noch vor Ablauf der bedungenen Zeit aufzukündigen. Man vergleiche damit Kleins Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten 5. B. S. 99.

90) *Pet.* Costalius Adversar. ad L. 56. D. h. t. *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad L. 54. §. 1. et ad L. 56. D. h. t. Tuldenus Comm. ad Cod. h. t. nr. 12. *Io.* Harpprecht Comm. ad princ. l. h. t. u. a. m.

hen, von welchen in den angeführten Gesetzen die Rede sey; nämlich 1) wenn ausgemacht worden, daß der Conductor vor der Zeit nicht vertrieben werden solle, wovon die *L.* 54. §. 1. rede, und 2) wenn der Conductor abwesend ist, von welchem Falle die *L.* 56. *D. h. t.* rede. Ausser diesen Fällen könne der Pächter sogleich, nach Ablauf des ersten Termins, wegen nicht bezahlten Pachtgeldes, ausgeboten werden. Man sucht diese Meinung theils durch die *L.* 10. §. 1. *D. de publicanis* zu unterstützen, wo Hermogenian *libro* 5. *Epitomarum* sagt: **Non solutis vectigalium pensionibus, pellere conductores,** ***necdum etiam tempore conductionis completo,*** **vel ab his usuras ex mora exigere permittitur;** theils sucht man sie daraus zu beweisen, daß in der *L.* 3. *C. h. t.* gesagt wird: **Si pensionem domino** ***in solidum*** **solvisti, invitam te expelli non oportet,** woraus man durch ein Argument **a contrario** folgert, daß derjenige, welcher den Pachtzins zur bestimmten Zeit nicht entrichtet, ausgetrieben werden könne, wenn er auch gleich noch nicht in einem zweijährigen Rückstande sey. Allein auch diese Meinung ist ganz ungegründet [91]. Denn da die Bedingung: ***si colonus pensionibus paruerit***, stillschweigend in dem Vertrage liegt, daß der Pächter nicht vor der Zeit vertrieben werden solle, so kann ja dieser Vertrag auf das Recht des Verpächters, den Pächter auszubieten, wenn er jene Bedingung nicht erfüllt, unmöglich

91) S. *Iac.* Cujacius ad libr. V. Responsor. Pauli in L. 54. §. 1. D. h. t. *Io.* D'Avezan Contractuum Lib. II. Tr. II. §. *Dixi* pag. 102. Lyncker cit. Diss. §. *Quanti autem temporis* etc. pag. 30. sqq. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. §. *Quarta species.* Stoer cit. Diss. §. 43.

einen Einfluß haben; und gesetzt, der Verpächter hätte das Recht, den Pächter sogleich wegen des nicht inne gehaltenen ersten Termins zu vertreiben, würde dann wohl die Abwesenheit des Pächters eine gerechte Ursache seyn können, die Lage des Verpächters zu verschlimmern? Nun kann ich zwar dem Cujaz[92]) nicht beistimmen, wenn er auch bei der Verpachtung der Zölle den Pächter erst nach einem zweijährigen Verzuge vertrieben wissen will. Denn wie hätte es sonst die angeführte *L.* 11. §. 1. *D. de publican.* in die Willkühr des Verpächters stellen können, ob er den Pächter vertreiben, oder das Pachtgeld mit Verzugszinsen von ihm fordern wolle, wenn nicht der Pächter sofort nach Ablauf des ersten Zahlungstermins, den er nicht inne hielt, ausgeboten werden könnte? Müßte der Verpächter auch hier noch erst das biennium abwarten, so würde er ja dann Beydes, den Pächter austreiben und auch die Verzugszinsen zugleich fordern können[93]). Es sey aber immerhin bei der Verpachtung der Zölle anders, so ist ja dieß unstreitig ein besonderes Recht, welches in favorem tributorum, in quibus esse reipublicae nervos nemini dubium est, wie Ulpian *L.* 1. §. 20. *D. de Quaestionib.* sagt, eine Ausnahme macht,

92) Recitation. solemn. in libros Cod. Princ. h. t. §. *Secundo.*

93) Die Leseart der Basiliken Lib. 56. Tit. 18. bei Fabrot *Supplem.* *T. VI.* pag. 699. weicht hier freilich von der Leseart der Pandecten ab. Denn da heißt es: *Μὴ καταβάλλοντες ἐμπροθέσμως οἱ τελῶναι, καὶ πρὶν συμπληρώσεως τοῦ χρόνου, καὶ τόκους ὑπερθέσεως ἀπαιτοῦνται*, i. e. *Publicani ad diem non solventes, etiam tempore conductionis nondum completo, pelluntur*, ET *usurae ex mora ab eis exiguntur.*

welche in den übrigen Fällen die Regel bestärkt[94]). Endlich die *L.* 3. *C. h. t.* sagt zwar, daß, wenn der Miethzins ganz bezahlt sey, keine Vertreibung Statt habe; allein es läßt sich daraus noch keineswegs mit Grund folgern, daß wegen nicht bezahlten Pachtgeldes sogleich nach Ablauf des ersten Termins der Contract aufgekündiget werden könne. Denn hierüber bestimmt das Gesetz nichts, und es ist nicht zu glauben, daß der Kaiser Antoninus durch diese Verordnung die Bestimmungen des älteren Rechts habe aufheben wollen, da sie ein bloßes Rescript ist, dergleichen Verordnungen nach den bekannten Regeln der Auslegung des römischen Rechts keine argumenta a contrario zulassen, sondern so viel als möglich den Grundsätzen des damals bekannten gemeinen Rechts gemäß erklärt werden müssen[95]). Gesetzt aber auch, die Sache wäre nach dem römischen Rechte noch einigem Zweifel unterworfen, so ist sie doch nach dem canonischen Rechte klar entschieden. Denn in dem *Cap.* 3. *X. de locato et conducto* heißt es ausdrücklich: Inquilinus etiam inde rationabiliter amovetur, si perverse ibi fuerit conversatus, *vel cum canonem per biennium non solvisset*, sibi satisfactione celeri non providit.

Es erhellt also hieraus, daß der Contract auf mehr als zwei Jahre[96]) geschlossen, auch ein jähr-

94) S. *Ios.* Finestres Commentar. in Hermogeniani iuris. epitomar. libros Tom. II. ad §. 1. Leg. 10. D. de publican. §. 10. pag. 832. sqq.

95) S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. §. 10. S. 66. und 67. und die daselbst Not. 8. u. 9. S. 76. angeführten Schriften.

96) Häuser und Grundstücke pflegten bei den Römern gewöhn-

liches Pachtgeld verabredet worden seyn muß, wenn die Vorschrift der röm. Gesetze angewendet werden soll. Ist daher der Contract nur überhaupt auf zwei Jahre oder auf noch kürzere Zeit geschlossen worden, oder der Pacht erstreckt sich zwar auf längere Zeit, allein es ist für die ganze Pachtzeit nur eine gewisse Summe überhaupt zum Pachtgelde bedungen worden, so findet jene Vorschrift keine Anwendung, und es kann dann der Conductor erst nach Endigung der Contractszeit vertrieben werden [97]). Nach dem canonischen Rechte kann der Conductor auch dadurch die Expulsion abwenden, daß er zur Bezahlung des Pachtrückstandes sich bereit erklärt, ehe dieselbe der Gegenstand eines förmlichen Rechtsstreits geworden ist [98]). Dem römischen Recht ist zwar eine solche *purgatio morae* nicht gemäß [99]), allein man gibt hierin der Billig-

lich auf fünf Jahre vermiethet oder verpachtet zu werden. *L.* 4. §. 1. *D. de reb. credit. L.* 16. *D. de liberat. leg. L.* 25. §. *ult. D. Sol. matr. L.* 89. *D. de Verb. Oblig. L.* 13. §. *ult. L.* 24. §. 2. *et* 4. *D. h. t.* Diese Gewohnheit schreibt sich von der Verpachtung der Zölle her, welche bei den Römern von den Censoren geschah, deren Amt anfänglich fünf Jahre dauerte. S. Cicero *ad Atticum.* Lib. VI. Epist. 2. Plutarch in *Lucullo.* Varro *de Ling. Lat.* Lib. V. L. 3. §. 6. *D. de iure fisci.* S. Finestres c. l. §. 4. pag. 829.

97) Lyncker cit. Diss. §. *Quanti autem.* pag. 31. und Stoer Diss. cit. §. 44. et 45.

98) S. Lyncker Diss. cit. pag. 40. §. *Porro.* Ittig cit. Diss. de expulsione conduct. §. 12. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Band. §. 104.

99) *L.* 41. §. 12. *D. de fideicom. libertat.* Voet Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. ult.

wegen dem canonischen Rechte den Vorzug[100]). Nach dem canonischen Recht würde sich daher auch der Verpächter seines Rechts begeben, wenn er vor angestellter Klage die Zahlung ohne Protestation angenommen hat[1]). Soviel ist jedoch gewiß, und die *L.* 3. *Cod. h. t.* lehrt es auch klar, daß der Conductor den Miethzins ganz bezahlt haben müsse, wenn er wegen einer Entsetzung nichts mehr zu befürchten haben soll. Es befreit ihn daher nicht, wenn er nur einen Theil der Miethe bezahlt hat und das Uebrige schuldig geblieben ist[2]). Denn eine theilweise, selbst beinahe vollständige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgesetzt[3]). Jedoch entschuldigen rechtmäßige Ursachen, welche den Pächter an der Zahlung hinderten[4]).

In allen diesen Fällen nun, wo der Locator den Conductor vor der Zeit vertreiben kann, darf es jedoch nicht durch Privatgewalt, sondern es muß im Wege des Rechts durch richterliche Hülfe geschehen. Mehrere Rechtsgelehr-

100) S. Stoer cit. Diss. §. 47. in fin.

1) Müller ad *Struvium* Exercit. XXIV. Th. 13. not. *η*. Nr. XII. Stoer cit. Diss. §. 50.

2) Westphal §. 1019. a. E.

3) *L.* 85. §. 6. *D. de Verb. obligat.* Thibaut System des Pand. Rechts 1. Bd. §. 106. Jedoch gibt Müller ad *Struv.* Ex. XXIV. Th. 13. Not. *η*. Nr. V. dem Locator die Lehre, sein Recht nicht gar zu streng zu verfolgen und den Conductor nicht um eines unbedeutenden Rückstandes willen zu vertreiben.

4) S. Lyncker cit. Diss. pag. 38. §. *Ut autem.*

te[5]) sind zwar anderer Meinung, allein diese Meinung streitet gegen alles Recht[6]). Selbst ein ausdrücklicher Vertrag würde den Locator nicht zur Selbsthülfe berechtigen, sobald sich der Conductor ihm widersetzt[7]). Er würde sich eines Spoliums schuldig machen[8]). Daß richterliche Hülfe angesprochen werden müsse, gibt auch Paulus in der oben angeführten *L.* 56. *D. h. t.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn gleich die Worte, wie sie dort gefaßt sind, sich kaum grammatisch construiren lassen, wofern man nicht entweder mit Gerhardt Noodt[9]) vor dem Worte aperire, nach den Basiliken[10]), noch die

5) *Ant.* Faber Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 42. Def. 58. *Hub.* Giphanius Explanat. difficil. Legg. Cod. ad L. 9. de locato pag. 334. *Io. Frid.* Boeckelmann Commentar. in Dig. h. t. §. 7. in fin. und Boehmer Diss. de poena ius sibi dicentis sine iudice. Cap. I. §. 17.

6) *L.* 176. *D. de div. reg. iur.* *L.* 13. §. 3. *D. de usufr.* *L.* 13. *D. Quod. met. causa.* Lyncker cit. Diss. §. *Ex his igitur.* pag. 50. sqq. Wernher Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 136. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. Emminghaus ad *Eundem* not. a. und Stoer cit. Diss. §. 55.

7) *L.* 3. *Cod. de pignor.* S. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 32. Wernher Sel. Observat. for. T. III. P. II. Obs. 376. Hommel Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. II. Obs. 379.

8) Wernher cit. loc. Obs. 296. Stoer cit. Diss. §. 56.

9) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Illud quale.* pag. 428. Auch *Ant.* Faber Rational. in Pand. ad h. L. meint, man müsse sich die von Noodt eingeschalteten Worte hinzudenken, wenn ein vernünftiger Sinn herauskommen soll.

10) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. 56. pag. 436. *Τῷ ἐνοικων ἐπὶ πολὺν χρόνον, τουτέστιν ἐπὶ διετίαν, μὴ φαι-*

Worte: *ut sibi liceat*, einschaltet, oder mit Johann Jensius [11]) die Worte: *aperire et describere a publicis personis*, passive für aperiri et describi [12]) nimmt, so wie auch die griechischen Wörter ἀνοιγεσθαι und γράφεσθαι sowohl active als passive gebraucht werden.

νομένων, μήτε τὸ στεγονόμιον καταιθέντων, ἔξεστιν οἷς διαφέρει ἀνοίρειν, καὶ παρόντων δημοσίων προσώπων ἀπογράφεσθαι τὰ ἐκεῖ ὄντα i. e. *Conductoribus per longum tempus, hoc est, toto biennio, non apparentibus, neque mercedem habitationis exsolventibus, licet eis, quorum interest, aperire, et publicis personis praesentibus, quae ibi sunt, discribere.* Diese Stelle steht auch bei HARMENOPULUS in Promptuario iuris (Προχειρο Νομῶν) Lib. III. Tit. 8. §. 35. Ich bemerke hier noch, daß die Worte des lateinischen Textes: *quorum interest*, in den Basiliken schicklicher auf die Vermiether und Eigenthümer der Gebäude bezogen worden sind. In dem lateinischen Texte stehen sie nach den Worten: *a publicis personis.* Gerh. Noodt a. a. O. glaubt daher, sie stünden hier nicht am rechten Orte, sondern müßten den Anfangsworten: *Cum domini horreorum insularumque* beigefügt werden. Allein man kann sie auch an ihrem Platze mit der Glosse so verstehen: *ad quorum officium pertinet*, oder, wie sie in den Scholien der Basiliken T. II. pag. 481. erklärt werden, ἐφ ὧν τοῦτο πράττεσθαι χρὴ i. e. *per quas* (sc. personas publicas) *id fieri debet.*

11) Stricturae ad Rom. iuris Pand. pag. 138. IENSIUS führt in seiner diesem Buch vorgesetzten Ampliata demonstratio, Rom. iuris Pandectas, hodie latine exstantes, ex graeca versione traductas esse, Art. 3. eine Menge Beispiele an, wo das Activum für das Passivum ist gebraucht worden.

12) So lesen auch Haloander und Bandoza.

§. 1053.

Pflicht des Vermiethers, den Conductor zu entschädigen und die Reallasten zu tragen.

Der Locator muß III. dem Conductor für jeden nicht rein zufälligen Schaden stehen [13]). Wenn also 1) dem Conductor durch Ruin und Einsturz oder sonst durch einen Fehler der Sache ein Schaden geschehen ist, weil der Vermiether die Sache nicht in Zeiten repariren lassen, oder die Tauglichkeit der Sache nicht gehörig untersucht hat, so muß der Locator diesen Schaden ersetzen [14]). Hätte jedoch der Conductor gleich anfangs gewußt, daß die Sache fehlerhaft sey, so hat er den dadurch erlittenen Schaden sich selbst zuzuschreiben. Trat hingegen die Nothwendigkeit der Reparatur erst nachher ein, so kann zwar der Conductur deshalb keine Cautio damni infecti fordern, allein er kann gegen den Locator ex conducto klagen, daß er die Sache repariren lasse, und er haftet dann für

13) *L.* 1. *Cod. h. t.* S. oben §. 1050. S. 350. ff. Ist der Schade von des Vermiethers Leuten geschehen, ohne daß ihm selbst dabei etwas zur Last fällt, so darf der Locator dafür nicht haften. *L.* 45. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract §. 968. u. 969. Auch steht der Vermiether, welcher eine Scheune, ein Magazin oder sonst ein Behältniß zur Aufbewahrung von Sachen ganz vermiethet hat, nicht für die Custodia der inferirten Sachen, wenn er sich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hat. *L.* 55. *pr. L.* 60. §. 9. *D. h. t. L.* 1. *L.* 4. *Cod. eod.* Westphal §. 967.

14) *L.* 14. *pr. L.* 25. §. 2. *D. h. t. L.* 19. §. 1. *D. eodem.* Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIII. c. 7. §. *Aedes* u. *Ger.* Noodt Com. ad Dig. h. t. pag. 426.

den aus der Verzögerung entstandenen Schaden[15]). 2) Hat der Conductor, wie ihm freisteht, gleich selbst die nöthige Reparatur unternommen, so müssen ihm die Kosten von dem Locator ersetzt werden. Hat er aber ausserdem noch etwas auf die gemiethete Sache verwendet und daran machen und einrichten lassen, so kann er es zwar, wenn er abzieht, wieder wegreißen und mitnehmen. Es versteht sich aber, daß er Alles wieder in den vorigen Stand setze, und daß die Trennung ohne Schaden der Hauptsache geschehen könne; sonst müssen ihm auch diejenigen Unkosten vergütet werden, welche zwar nicht nothwendig waren, aber doch entweder dem Locator selbst einen fortdauernden Nutzen gewähren, oder mit dessen Einwilligung verwendet worden sind[16]), wie folgende Gesetzstellen lehren:

L. 19. §. 4. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum hebeat? Et est verius, quod LABEO scripsit, competere ex conducto actionem, *ut ei tollere liceat*, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

L. 55. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *lib.* 2. *Sententiarum.* In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid *necessario* vel *utiliter* auxerit, vel aedifica-

15) *L.* 13. §. 6. *D. de damno infecto.* S. WESTPHAL de libertate et servitutib. praediorum §. 240. not. 198.

16) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 97. und *Henr.* LINCK Diss. de indemnitate conductori in locatione rerum praestanda. *Altdorfii* 1678.

verit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest.

Für solche nützliche oder nothwendige Verwendungen muß der Pächter auch dann noch Vergütung erhalten, wenn er auch aus irgend einer rechtmäßigen Ursache vor der Zeit vertrieben worden wäre [17]), wie aus folgender merkwürdigen Stelle erhellet:

L. 61. *pr. D. eodem.* SCAEVOLA *lib.* 7. *Digestorum.* Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, *ut vineas poneret*, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus *istum colonum fundi ejectum* pensionum debitarum nomine conveniat, *an sumtus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit*, opposita doli mali exceptione? Respondit, *vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestaturum.*

Sind hingegen Unkosten blos der Früchte wegen verwendet worden [18]), oder hat sie der Conductor blos zu seiner eigenen Bequemlichkeit auf die Sache verwendet, ohne daß daraus für den Locator ein fortdauernder Nutzen entsteht, so kann der Conductor deshalb keinen Ersatz fordern, wenn nicht in Ansehung der letzteren ein Anderes

17) LAUTERBACH c. l. §. 98. Westphal a. a. O. §. 939.

18) *L.* 15. §. 7. *D. h. t. L.* 7. §. 16. *D. Soluto matrim.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 102. u. BRUNNER Exerc. de locat. et cond. Cap. IV. §. 3.

bredet worden ist[19]. Der Locator ist endlich auch verbunden, alle ordentliche und ausserordentliche Lasten Abgaben, welche nicht auf die Person, oder blos auf Früchte, auch nicht auf das Vermögen überhaupt ge- sind, sondern auf der vermietheten oder verpachteten he selbst haften (onera realia), zu tragen, und solche Conductor, wenn sie etwa von demselben bezahlt den wären, zu vergüten, sofern nicht ein Anderes be- jen worden ist[20].

Wer die Einquartierungs-Last zu tragen habe, welches rechtliche Verhältniß in Ansehung derselben hen dem Locator und Conductor eintrete, ist eine r den Rechtsgelehrten sehr streitige Rechtsfrage[21]. meisten Rechtsgelehrten[22]) sind zwar der Meinung,

L. 58. §. 2. *D. h. t.* Westphal. §. 941.

L. un. §. 3. *D. de via publica.* *L.* 13. *D. de impens. in s dotal. fact.* *L.* 7. §. 2. *L.* 27. § 3. *L.* 39. *D. de Usufr.* . 2. *Cod. de annona et tribut.* *L.* 4. *L.* 20. §. *fin. Cod. de* *ζricolis et Censit. et Colon. Cap.* 24. *et* 28. X. *de de- mis.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. et 1. *de* Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. III. s. 46. *a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. XVI. medit. 9. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. 1. 36. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 862. Hu- land Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 507.

Man s. Günth. Heinr. von Berg Revision der ver- iedenen Meinungen über das rechtliche Verhältniß zwischen iether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen; Desselben jurist. Beobachtungen u. Rechtsfällen. 3. Th . I. Ein Nachtrag zu dieser Abhandlung im 4. Th. der an- f. Beobachtungen Nr. II. S. 58. ff.

Tabor de Metatis. P. II. Cap. 1. §. 13. Berger Oeconom. is Lib. III. Tit. 5. Th. 23. Not. 6. Lauterbach Coll.

daß die Einquartierungslast für eine Reallast zu halten sey, und daß mithin der Vermiether oder Verpächter in der Regel nicht nur die Kosten des Quartiers, sondern auch die der Verpflegung tragen müsse, weil die letztere ein unzertrennliches Accessorium der ersteren wäre, und auch die Verpflegung der Einquartierten in Rücksicht auf das Haus und als eine demselben anklebende Grundbeschwerde geleistet werden müsse. Man gründet diese

Pand. h. t. §. 100. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 107. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. X. Specim. DCLXI. medit. 7. von Cramer Wezlar. Nebenstunden. Th. 82. S. 73. von Selchow Rechtsfälle 2. B. Nr. LVIII. S. 244. ff. von Winkler rechtl. Abhandl. von Kriegsschäden 2. Absch. 4. Hauptst. §. 4. ff. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 8. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. II. §. 29. 36. 38. et 39. verglichen mit Cap. I. §. 17. sqq. *Ios. de* STEIN Diss. Damna per hospitationes, militares, vulgo Einquartierungen, conductori illata, a locatore quatenus resarcienda sint? *Wirceb.* 1797. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 414. Leist Staatsrecht. §. 263. Eines Ungenannten Bemerkungen über die Einquartierungskosten und deren Vergütung. Celle 1804. Phil. Bernh. Degen. Nähere Entwicklung der Frage über die Concurrenz des Miethsmanns eines ganzen Hauses und des Inhabers einer Official-Wohnung zu den Einquartierungskosten. Lüneburg 1808. Eines Ungenannten Abhandl. Ist der Miethsmann eines ganzen Hauses von den Verpflegungskosten, welche die Einquartierung fremder feindlicher Truppen veranlaßt hat, freizusprechen? Celle 1804. Ueberhaupt auch Strelin rechtl. kameralist. Abhandlung über Kriegslasten und Kriegsschäden. Frankf. 1799.

Meinung theils auf das römische Recht [23]), theils auf die Natur der Sache, weil ohne Haus keine Einquartierung Statt finde, folglich sich von selbst ver-

23) *L.* 1. *L.* 9. *Cod. de metatis et epidemet.* (XII. 40.) *L.* 3. §. 13. *et* 14. *D. de munerib. et honorib. L.* 10. *pr. et* §. 2. *L.* 11. *D. de vacat. et excusat. muner. L.* 3. *Cod. de munerib. patrimonior. Nov. CXXX.* Daß in diesen Gesetzen Einquartierungen zu den Vermögens-Lasten gerechnet werden, hat keinen Zweifel. Ulpian sagt *L.* 3. §. 14. *D. de munerib.* ganz bestimmt: Munus hospitis in domo recipiendi non personae, sed *patrimonii onus est.* Eben so K. Alexander *L.* 3. *C. de munerib. patrim.* Nun machen die römischen Gesetze einen Unterschied zwischen Patrimonial-Lasten, die nur Besitzungen und Grundstücken aufgelegt sind, und daher von jedem Eigenthümer anerkannt werden müssen, er sey Bürger und Einwohner oder nicht, und solchen, welche nur den Bürgern und Einwohnern aufgelegt werden. Zu den ersteren werden diejenigen Lasten gerechnet, welche auf Aeckern und Häusern ruhen. *L.* 6. §. 5. *et L. ult.* §. 21. *et* 22. *D. de munerib. et honor.* Wenn nun Hermogenian *L.* 11. *D. de Vacat. et excusat. muner.* lehrt: Sunt munera, *quae rei proprie cohaerent*, und zu denselben namentlich hospitis suscipiendi munus rechnet, sollte es wohl noch einem weitern Zweifel unterworfen seyn, daß die Römer die Einquartierungen für wirkliche Reallasten erklärt haben? Es kommt hiezu, daß bei den Römern die Einquartierung eine ordentliche bürgerliche Last war, die jeder Ortseinwohner, den die Reihe traf, übernehmen mußte. *L.* 3. §. 13. *D. de munerib.* Nach einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius *L.* 2. *C. de metatis* war daher jeder Besitzer eines eigenen Hauses schuldig, den dritten Theil seiner Wohnung dem Staate zur Beherbergung seiner Soldaten und anderer Staatsdiener offen zu lassen. Nur die übrigen Theile konnte er selbst bewohnen oder auch vermiethen.

stehe, daß die Last derselben auf dem Hause haften müsse; theils auf die Natur des Miethcontracts, welcher, als ein contractus bonae fidei, nicht nur erfordere, daß der Vermiether den Conductor in den vollen Genuß der vermietheten Sache setze, und ihm allen in dieser Hinsicht durch seine Schuld entstehenden Schaden ersetze, sondern auch, daß der Miether nur in so fern und in so weit den Miethzins entrichte, als er die gemiethete Sache wirklich genießt. Hindere daher auch ein Zufall den Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil, so sey er von dem Vermiether zwar keinen Schadensersatz, wohl aber verhältnißmäßigen Erlaß des Miethzinses zu fordern befugt. Unter solche Zufälle gehörten denn auch Kriegslasten, sobald sie von einiger Bedeutung seyen, und, unter dieser Voraussetzung, auch die Einquartierungen, nebst den, als einer accessorischen Last, gewöhnlich damit verbundenen Verpflegungskosten. Andere [24]) hingegen läugnen schlech-

S. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 11. und *Ios.* FINESTRES Comment. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris in L. 11. D. de vacat. et excusat. mun. pag. 404. sqq. Die Einquartierungslast beschränkte sich jedoch auf die bloße Einräumung des Quartiers. Alle Requisitionen waren ausdrücklich verboten. *L.* 5. *et* 9. *Cod. de metat. Nov.* 130. *cap.* 1. *et* 4. Es ist also wohl begreiflich, warum die römischen Gesetzgeber nähere Bestimmungen über das rechtliche Verhältniß zwischen den Miethern und Vermiethern in Beziehung auf Einquartierungen für unnöthig hielten.

24) MEVIUS P. II. Dec. 90. VOGT Diss. de eos, quod iustum et aequum videtur circa metata bellica eorumque onere mixto, vulgo von der Einquartierungslast. *Moguntiae* 1796.

terdings, daß die Einquartierung für eine Grundlast zu halten sey, und daß die römischen Gesetze, welche sich auf das römische Einquartierungs-System beziehen, so schlechterdings auf unsere jetzigen Zeitverhältnisse angewendet werden könnten, zumal da in allen hierher gehörigen Gesetzen von keiner feindlichen Einquartierung die Rede, noch überhaupt das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Rücksicht auf Einquartierungen darin ausdrücklich bestimmt sey. Sie halten vielmehr die Einquartierung für eine gemeinschaftliche Last, welche, solange die Ausgleichung unter allen Staatsbürgern nicht gesetzlich bestimmt ist, wenigstens die Einwohner eines Orts, welchen diese Last trifft, gemeinschaftlich zu tragen hätten. Daß also auch der Miether oder Pächter sich der Theilnahme an dieser Last nicht entziehen dürfe, sey der Billigkeit gemäß. Es wird dabei besonders auf ausserordentliche Einquar-

Struben rechtliche Bedenken Bd. I. Bed. 82. Bd. III. Bd. 87. Franz Jos. Bodmann Erörterung der Grundsätze, wornach Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind (Frankf. a. Main 1798.) 4. Abschn. §. 50. S. 224. *Guil. Herm.* Riedesel *ab* Eisenbach Commentat. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conduct. ob calamitates bellicas. *Goettingae* 1760. 4. Cap. III. §. 1. p. 98. Hymmen Beiträge zu der jurist. Literatur in den preuß. Staaten. 4. Samml. S. 102. f. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 10. Bd. Medit. 492. Besonders von Berg Gutachten über das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, so wie der Pächter u. Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; in Desselb. jurist. Beobachtungen. 4. Th. Nr. I.

tierungen, vorzüglich feindliche, Rücksicht genommen. Diese seyen ein zufälliges Ereigniß, welches alle Einwohner des Orts trifft. Der Vermiether, als Eigenthümer des Hauses, welches er durch die Vermiethung benutzt, sey aber auch eben so gut als Einwohner des Orts zu betrachten, wie der Miether. Es müsse also auch der Eigenthümer einer vermietheten Wohnung an den Einquartierungskosten Theil nehmen. Benützte er, statt den Miethzins zu ziehen, die Wohnung selbst, so würde ihn die Last ganz und allein treffen. Daß nun aber Beide die in Beziehung auf dieselbe auferlegte Last gemeinschaftlich tragen, sey um so billiger, da Beide von derselben Sache gleichen Vortheil haben. Man fügt noch die Betrachtung hinzu, daß durch die Aufnahme der Einquartierung, und die Leistung dessen, was dabei sonst noch verlangt wird, der Conductor sowohl von sich, als von dem Eigenthümer, größeren Schaden abwende; von sich, Plünderung seiner Habseligkeiten, vielleicht auch persönliche Mißhandlung, von diesem den Ruin seiner Gebäude. Zwar sey freilich der erste Fall eher und öfter zu besorgen, als der letztere; es müsse aber doch hierbei in Erwägung gezogen werden, daß die Gesetze dem Miether oder Pächter wegen allzu drückender Einquartierungslast die Befugniß beilegen, nach vorgängiger Anzeige bei dem Eigenthümer, abzuziehen, und auf solche Art die Gebäude der Discretion des Militärs zu überlassen [25]). Von einem ganz andern Standpunkte gehen diejenigen [26]) aus, welche den Satz

25) *L.* 13. §. 7. *L.* 27. *pr.* *D h. t.*

26) Siehe Weber über die Repartition der Kriegsschäden. Würzburg 1798. §. 76. ff. vergleiche mit §. 28. Schmid

aufstellen: die Einquartierungskosten sind eine Last des ganzen Staats, nicht des einzelnen Bürgers. Der Einzelne leistet bloß Vorschuß, und hat dann seinen Regreß an den Staat. Denn der Krieg ist das Factum des ganzen Staats, und nicht das Factum einzelner Individuen. Der Staat, und nicht das Individuum, muß demnach den Schaden tragen, und jeder im Krieg Beschädigte ist daher berechtigt, den Ersatz seines Schadens vom Staate zu verlangen. Da jedoch der Staat bloß aus einzelnen Individuen besteht, und Jeder sich auf den Schutz und die Vertheidigung Aller gegen Verletzungen von Aussen verlassen darf, so wird nun daraus gefolgert, daß der durch die Kriegseinquartierung verursachte Aufwand von der Gesammtheit der Bürger, wie jeder andere Kriegsschade, also von Allen im Verhältniß zu ihrem Vermögen getragen werden müsse. Diese Kosten werden also im Ganzen zusammen gerechnet, und unter alle Mitglieder des Staats, sie mögen Häuser, oder anderes Vermögen besitzen, verhältnißmäßig vertheilt. Nach dieser Ansicht ist die Untersuchung der Frage, ob die Einquartierung eine dingliche oder persönliche oder vermischte Last sey, ganz überflüssig. Das Verhältniß zwischen dem Locator und Conductor bleibt unverändert. Der Letztere kann dem Ersteren wegen verhinderten Gebrauchs seiner gemietheten Wohnung so wenig, als wegen gehabter Einquartierungskosten, etwas anrechnen. Er zahlt ihm den Miethzins

über Vertheilung der Kriegsschäden und die Einquartierung insbesondere. Hildburghausen 1808. Ein Ungenannter über den neuesten Standpunkt und das Princip der juridischen Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1806.

ganz, und erwartet dann seine Entschädigung vom Staate, der diesen Schaden und Kostenaufwand unter alle Bürger nach möglichster Gleichheit vertheilt[27]). Endlich gibt es noch Rechtsgelehrte[28]), welche die Einquartierung für eine Personallast halten, welche auf der Person eines jeden Bürgers und Bauers ruhe, er sey Eigenthümer seiner Wohnung, oder nicht. Sie falle also allein auf den Miether.

Dieß sind die vorzüglichsten Meinungen über die vorgetragene Rechtsfrage. Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß man bey der Entscheidung derselben in vorkommenden Fällen zunächst auf die deshalb unter den Partheien getroffenen Verabredungen, und in deren Ermangelung auf die örtlichen oder allgemeinen Landesgesetze[29]) oder Observanzen Rücksicht zu nehmen habe. Hiernächst ist es in Ansehung des Verhältnisses zwischen Miether und Vermiether nicht gleichgiltig, ob von Einquartierungen in Friedenszeiten, oder in Kriegszeiten die Rede ist. Die in Friedenszeiten gewöhnlich statt habende Quartiers- und Service-Last der

27) S. Weber in der angef. Schrift §. 87.

28) Graevius in Diss. de metatis. *Vitembergae* 1718. und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. §. 414. Allein schon Leyser in Meditat. ad Pand. Vol. X. Spec. 661. medit. 7. widersprach dieser Meinung. Die Gründe aber sind von Günth. Heinrich von Berg in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. S. 36. näher geprüft und widerlegt worden.

29) S. z. B. das allgem. preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 21. §. 289. und die königl. Bayerische Verordnung vom 23. Febr. 1809.

landesherrlichen Soldaten wird lediglich nach den Grundsätzen einer öffentlichen Staatslast behandelt, und von der höchsten Staatsgewalt landesverfassungsmäßig mit Rücksicht auf die übrigen öffentlichen Lasten vertheilt. Da hierüber in jedem Lande eigene Reglements zur Ausgleichung oder zum Ersatz vorhanden zu seyn pflegen, durch welche zugleich allen Privatstreitigkeiten vorgebeugt wird, so wird darüber nicht leicht zwischen Miether und Vermiether ein Streit entstehen, der nicht sofort aus dem Einquartierungs-Reglement, oder der landesherrlichen Verordnung entschieden werden könnte. Die Frage, wer die Einquartierungslast zu tragen habe, kommt also gewöhnlich nur bei ausserordentlichen Einquartierungen, welche mit besonderen Beschwerden verbunden sind, so wie sie in Kriegszeiten beschaffen zu seyn pflegen, hauptsächlich aber bei feindlichen Einquartierungen, zur Sprache, weil in solchen Fällen der Raum genommen wird, wo er sich findet, und die übrigen Kosten hergeben muß, wer zunächst dazu angehalten werden kann. Bei Einquartierungen kommt aber nicht nur die mit dem blossen Quartiergeben verbundene Last, sondern auch der gewöhnlich damit verbundene Kostenaufwand in Betrachtung. Beides muß daher unterschieden werden[30]. Ist von der blossen Quartierlast die Rede, welche

30) Herr von Berg hat diesen Unterschied in seinem Gutachten über das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, sowie der Pächter und Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; (in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen Th. 4. Nr. I. §. 20. ff. S. 16. ff.) sehr gut ausgeführt.

lediglich darin besteht, daß der Hausbewohner den Einquartierten einen Theil seiner Wohnung überlassen muß, und wobei sich die Hauptbeschwerde blos durch Beengung des Raums, bei dem Miethsmann aber durch Verhinderung des freien Gebrauchs der gemietheten Wohnung äussert, so ist der Conductor nach dem Geiste der hier allerdings anwendbaren römischen Gesetze wegen einer solchen Verhinderung berechtigt, einen verhältnißmäßigen Erlaß an dem Miethzins zu fordern, weil es unbillig seyn würde, daß der Vermiether den ganzen Miethzins ziehe, während der Miether die gemiethete Wohnung durch die bei ihm eingelegte Quartierung ganz zu benützen verhindert wird[31]). Denn bei Hausmiethen ist die Wohnung für die Hauptsache zu halten, worauf sich der zwischen dem Hauseigenthümer und dem Inquilin geschlossene Miethcontract erstreckt. Wird nun dem Miether der Gebrauch derselben ohne sein Verschulden, sey es auch durch eine Gewalt, welcher der Vermiether keinen Widerstand zu leisten im Stande war, ganz oder zum Theil entzogen, so ist das Recht des Inquilins, einen verhältnißmäßigen Erlaß des Miethgeldes zu fordern, ausser Zweifel[32]). So wie jedoch schon nach gemeinem Rechte bei den Miethen eine geringe Unbequemlichkeit, oder auch ein solcher Schaden, der nicht von Beträchtlichkeit ist, in keinen Betracht

31) *L.* 15. §. 7. *L.* 33. *D. h. t.* Boehmer Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 11. et 17. sq. Cap. II. §. 29. sqq. Bodman Erörterung der Grunds. wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind. §. 44. ff. S. 244. ff. von Berg angef. Gutachten §. 21. ff. S. 17. ff.

32) *L.* 33. *in fin. D. h. t.*

kommt, und deshalb keine Vergütung gefordert werden kann[33]; so stimmen nun auch hier alle Rechtsgelehrten[34] darin überein, daß eine unbedeutende Beschränkung des Gebrauchs der gemietheten Wohnung, welche durch kurze vorübergehende Durchmärsche und dadurch veranlaßte Einquartierungen verursacht wird, den Miethsmann keineswegs berechtige, deshalb einigen Erlaß am Miethgelde von dem Vermiether zu verlangen. Diese Forderung ist nur dann begründet, wenn dem Inquilin durch die Einquartierung ein Theil seiner Wohnung, den er wirklich brauchte, oder dessen Entbehrung wenigstens ihm große Unbequemlichkeiten verursachte, entzogen worden ist. Sie fällt also weg, 1) wenn die Einquartierung einen Raum einnimmt, den der Miethsmann gar nicht zu benutzen pflegte, oder 2) den er zugleich mit der Einquartierung benutzte, wie dieß bei den Wohnungen des Handwerksmanns oft der Fall ist, oder 3) wenn die Einquartierung, wie bei einem Truppen-Durchmarsche, nur kurz und vorübergehend ist, gesetzt auch, daß allenfalls ein Rasttag gehalten würde. Sollten hingegen dergleichen Durchmärsche und Rasttäge öfter auf einander folgen, so daß durch solche Verhinderungen des freien Gebrauchs der Wohnung am Ende dem Miethsmann doch ein nicht

33) *L.* 27. *pr. D. h. t. L.* 15. §. 2. *in fin.* §. 25. §. 6. *D. eodem.* Boehmer cit. Diss. Cap. I. §. 19.

34) Müller ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 19. not. *β.* Boehmer cit. Diss. Cap. II. §. 28. sq. Winkler Abh. von Kriegsschäden. 2. Abschn. 4. Hptst. nr. 6. ff. S. 406. ff. Bodmann angef. Erörterung §. 44. S. 213. von Berg Gutachten §. 23. in Dess. jurist. Beobachtungen 4 Th. S. 18. f.

unbedeutender Schaden erwachsen ist, so bleibt es bei der Regel. Bei Pächtern fruchttragender Grundstücke, wenn damit auch eine Wohnung verbunden seyn sollte, tritt nicht das nämliche Verhältniß ein. Denn bei Gutspachten kommt die Wohnung gewöhnlich fast in gar keinen Anschlag; der Pächter wird auch dadurch nicht an der vollen Benutzung der dabei befindlichen Güter verhindert, und diese sind es doch eigentlich, um derer willen der Pachtcontract geschlossen worden ist. Man kann daher die Regel aufstellen, daß dem Gutspächter für die geleistete Quartierung vom Verpächter nichts vergütet werde[35]. Es können aber auch hier Ausnahmen Statt finden. Dahin gehören: 1) wenn der Pächter beweisen kann, daß ihm die Wohnung, die er der Einquartierung hat einräumen müssen, zur vollkommenen Benützung des Guts ganz unentbehrlich gewesen sey; oder 2) daß er einen Theil seiner Leute während der Einquartierung habe anderswo einmiethen müssen, und also durch die Beschränkung der zum Gute gehörigen Wohnung wirklichen Verlust erlitten habe; oder 3) wenn in dem Pachtanschlage die Wohnung besonders, und zwar nach gleichem Preise, wie Miethwohnungen an dem Orte bezahlt zu werden pflegen, angesetzt worden ist. In diesen Fällen muß der Pächter dem Miethsmanne gleichgehalten werden[36].

Verschieden von der Quartierlast, und ungleich bedeutender, als diese, sind die Einquartierungskosten. Man betrachtet sie zwar gewöhnlich als ein Ac-

35) S. Bodmann a. a. O. §. 43. S. 211. und v. Berg angef. Gutachten §. 24. S. 19. f.

36) S. Bodmann a. a. O. und von Berg S. 20.

cessorium der ersteren, und wendet auf sie gleiche Grundsätze an. Allein das Gegentheil ergibt sich theils aus der Natur der Sache, weil Einquartierung mit Verpflegung nicht blos den Raum, sondern hauptsächlich das baare Vermögen des Bequartierten angreift, theils auch schon daraus, weil aus dem Grunde des verhinderten Gebrauchs der Wohnung, aus welchem die Gesetze den Vermiether zu einem Erlaß an dem Miethgelde verpflichten, noch keineswegs folgt, daß derselbe auch an den Verpflegungskosten Theil zu nehmen schuldig sey. Darin wenigstens, daß von den Einquartierten auch des Miethers Sachen gebraucht worden sind, liegt für den Vermiether kein gleicher Verpflichtungsgrund[37]. Auch das römische Recht bietet hier keine Entscheidungs-Norm dar[38]. Denn die Gesetze desselben reden blos von ordentlichen, nicht aber von ausserordentlichen Einquartierungen; sie reden von Einquartierungen in Friedenszeiten, nicht von Einquartierungen zu Zeiten des Kriegs. Sie reden von Einquartierungen, welche ausdrücklich nur auf die bloße Einräumung des Quartiers beschränkt, und mit keinem Beköstigungs-Aufwande verbunden sind[39].

37) von Berg a. a. O. §. 22. S. 18.

38) S. Bodmann a. a. O. §. 40. S. 206. Not. a. und §. 50. S. 225. Weber a. a. O. §. 73. S. 198. v. Berg a. a. O. §. 25. u. §. 35.

39) *L.* 5. *Cod. de metatis.* (XII. 41.) — Solam sane hospitalitatem, verordnen hier die Kaiser Honor u. Theodos, sub hac observatione concedimus, *ut nihil ab hospite, quod vel hominum vel animalium pascuis necessarium creditur, postuletur.* — Decem etiam librarum auri multa ferietur, quisquis administrator, rogator, appari-

Sie reden endlich von den Besitzern eigener Häuser, nicht von Miethleuten[40]), und stehen auch überhaupt mit der römischen Municipal-, Finanz- und Kriegs-Verfassung in einer zu engen Verbindung, als daß man bei den in unsern Tagen ganz veränderten Umständen davon mit Sicherheit Gebrauch machen könnte. Aus diesen Gründen sprechen daher auch einige Rechtsgelehrte[41]) den Vermiether einer bloßen Wohnung von einer Concurrenz zu den Verpflegungskosten ganz frei, weil sie an sich eben so wenig ein Hinderniß in dem Gebrauche derselben machten, als sie rechtlich für eine nothwendige Folge der Quartierslast zu halten wären. Andere[42]) hingegen unterscheiden, ob sich das Militär bei Individuen selbst einquartiert und Verpflegung verlangt, oder sich an die Ortsbehörde gewendet, und von dieser eine Anweisung des Quartiers verlangt habe. In dem ersteren Falle sey dieß eine Verletzung, wofür kein Ersatz gefordert werden könne; in dem letzteren aber eine Last der Gemeinde, an welcher jedes Mitglied derselben nach dem Verhältniß des Vermögens im geographischen Umkreise der Gemeinde, und des Vortheils, den es innerhalb ihres intellectuellen Umfangs

torve ullus militans scilicet, vel iter agens ullo in loco aliquid ab hospite postulaverit. — *L. un. Cod. de salgamo hospitibus non praestando.* (XII. 42.)

40) S. *L.* 9. *Cod. de metatis.*

41) S. Runde rechtliche Grundsätze über die Vertheilung der Einquartierungslast. Oldenburg 1808.

42) S. Haus Beiträge zur Berichtigung der rechtlichen Grundsätze über den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnberg 1801.

genießt, seinen Antheil tragen müsse. Die richtigste Meinung ist unstreitig diejenige, daß die Einquartierungskosten durch eine billige Concurrenz beider Theile auszugleichen seyen[43]). Denn daß auch die Miethleute sich der Theilnahme an diesen Kosten nicht entziehen können, ist schon darum der Billigkeit gemäß, weil sie als Mitbürger des Staats und der einzelnen Gemeinheit verbunden sind, die außerordentlichen Staats- und Communlasten eben so gut, wie die Hausbesitzer, pro rata zu tragen. Diese Billigkeit leuchtet noch mehr ein, wenn man erwägt, daß es besonders in den größeren Städten und in Handelsplätzen unter den Miethleuten viele angesehene reiche Leute, und im Gegentheile mehr unbemittelte Hausbesitzer gibt, welche ihrer Handthierung wegen sich ein eigenes Haus anschaffen mußten. Wenn nun die mit Verpflegung verknüpfte Einquartierung blos auf die Hausbesitzer gelegt würde, so bliebe ja eine Classe reicher und bemittelter Bürger frei von einer äußerst wichtigen Staatslast, während ein anderer weniger bemittelter Theil dadurch zu Grunde gerichtet wird. Ich übergehe andere Gründe, die bereits oben (S. 399. f.) angeführt worden sind, und berühre hier nur noch die Frage, nach welchem Verhältniß die beiderseitige Concurrenz zu bestimmen sey. Bodmann[44]) glaubt, wegen der gleichen Vortheile, welche der Miether

43) S. von Berg angef. Gutachten §. 44. in den jurist. Beobachtungen. Th. 4. S. 36. ff. Man sehe auch eines Ungenannten Gedanken über die rechtliche Natur des Einquartierungsgeschäfts und dessen zweckmäßige Einrichtung. Leipzig 1807. §. 9. ff.

44) Erörterung der Grundſ. wornach die Kriegsschäden festzustellen ꝛc. §. 50. S. 226.

und Vermiether aus dem Contracte genießen, müßten auch die Einquartierungslasten unter sie zu gleichen Hälften vertheilt werden. Andere[45]) hingegen nehmen als Regel an, daß der Antheil auf der Seite des Vermiethers darum der größere seyn müsse, weil derselbe, indem ihm durch das Miethgeld sein Capital verzinst, und gemeiniglich auch der Betrag der gewöhnlichen Abgaben und Reparaturkosten erstattet wird, sein Eigenthum vollständig nutze, während der Miether durch die Ausübung des Bewohnungsrechts nichts genießt, als was er völlig und oft über den Werth bezahle. Sie wollen daher dem Miether eines Hauses 1/3, dem Pächter eines Landguts hingegen 2/3 der Einquartierungskosten auflegen. Allein es läßt sich hierüber keine allgemeine Regel aufstellen, sondern es muß die Bestimmung der beiderseitigen Concurrenz dem Ermessen des Richters überlassen werden, welcher hiebei auf Seiten des Vermiethers die Größe, den Werth und die Benutzung des Hauses, auf Seiten des Miethers aber die Beschaffenheit seines Gewerbes und seiner Habseligkeiten, auf Seiten des Pächters endlich die Größe des Kostenaufwandes im Verhältniß zu dem Pachtertrage in Erwägung zu ziehen hat. Dabei wird denn aber freilich vorausgesetzt, daß von dem zu leistenden Ersatze Alles ausgeschlossen werden müsse, was der Quartiergeber aus völlig freiem Willen mehr geleistet hat, als nöthig war. Die Gränzen des Aufwandes werden nämlich durch Reglements und Ordonanzen oder durch besondere Verfügungen derer, die dazu berechtigt sind oder doch die

45) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 82. S. 195. von Berg angef. Gutachten §. 47. ff. S. 39. ff.

Gewalt dazu haben, oder endlich durch die Gewohnheit des Orts bestimmt. Doch sind auch hier die vorkommenden Umstände zu erwägen. Denn könnte der Miether oder Pächter erweislich machen, daß er durch den jene Vorschriften überschreitenden Kostenaufwand dem Gute oder Hause einen wesentlichen Nutzen gestiftet habe, indem z. B. dadurch Unordnungen verhütet, Haus und Güter dadurch geschützt, und dadurch Schäden und Gefahr abgewendet worden so kann auch wegen eines solchen Aufwandes von Richteramtswegen ein Ersatz zugebilligt werden [46]).

§. 1054.

B. Besondere Verbindlichkeiten des Locators bei der Vermiethung von Diensten.

Bei der Vermiethung der Dienste [47]) ist 1) der Vermiether verbunden, die versprochenen Dienste gehörig zu leisten. Geschieht dieß durch seine Schuld nicht, so verliert er nicht nur seinen Anspruch auf den bedungenen Lohn, sondern der Miether kann auch überdieß das Interesse verlangen [48]). Eben dieß findet Statt, wenn die Dienste nur zum Theil geleistet worden, und das unvollkommen Geleistete für den Miether gar keinen Nutzen

46) Bodmann a. a. O. §. 51. S. 227. und von Berg anges. Gutachten §. 48.

47) Struv Diss. de operarum locatione et conductione. *Ienae* 1692. Hunold D. de locatione conductione facti. *Erfurti* 1725.

48) *§. ult. I. de Verb. obligat. L.* 13. *§.* 1. *D. de re iudicata.* Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 290. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 109.

hat[49]). Ja der Vermiether wird dadurch nicht einmal immer von seiner Verbindlichkeit frey, z. B. wenn der Baumeister das Haus an einem andern Orte erbaut hat, als wo es nach dem Contracte geschehen sollte[50]). Ein Anderes wäre es, wenn der Miether an der Nichterfüllung Schuld tragen sollte. Hier muß dennoch dem Vermiether der volle Lohn entrichtet werden, wofern er ihn nicht etwa von einem andern Miether erhalten sollte[51]). Hat der Locator seine Dienste Mehreren zugleich vermiethet, so geht zwar der erste Miether dem letzteren vor, jedoch kann dieser Entschädigung fordern, wofern sich nicht etwa der erstere Miether lieber mit dem Interesse begnügen, und dem letzteren den Vorzug einräumen wollte[52]). 2) Der Vermiether muß auch bei Leistung der Dienste den gebührenden Fleiß anwenden. Wird daher die Sache, in Rücksicht deren seine Dienste gemiethet worden sind, durch seine Ungeschicklichkeit verdorben, oder geht sie durch Mangel an nöthiger Aufsicht verloren, so muß er den Schaden unbedingt ersetzen[53]).

49) S. Bucher Recht der Forderungen §. 76.

50) *L. 2. §. 7. D. de eo, quod certo loco.* Verb. quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur.

51) *L. 61. §. 1. D. h. t. L. 24. D. de condit. et demonstrat.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 27. Lauterbach c. l. §. 108. v. Bülow u. Hagemann's pract. Erörterungen. 1. B. Nr. 25.

52) *L. 26. D. h. t.* In operis, duobus simul locatis, convenit priori conductori ante satisfieri. S. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract. §. 960. S. 723.

53) S. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. und *Io. Ern. Bern.* Emminghaus ad Cocc. Not. d. p. 474. sq. Man sehe auch Suarez de Mendoza Commentar. ad Leg.

L. 13. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad edictum.* Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio; *si imperitia facientis, erit.*

L. 27. §. 29. *D. ad Legem Aquiliam.* ULPIANUS *lib.* 18. *ad Edictum.* Si calicem diatretum[54]) faciendam dedisti, *si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur;* si vero non imperitia fregit, sed rimas habeat vitiosas, potest esse excusatus. Et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; *quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

L. 9. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* CELSUS etiam *imperitiam* culpae adnumerandam *libro VIII. Digestorum* scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse; quippe ut artifex,* inquit, *conduxit.*

L. 13. *pr. D. eod.* ULPIANUS eodem. Item quaeritur, si cisiarius, (id est, carrucharius) dum cae-

Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. 12. nr. 6. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1986. nr. III. und Westphal §. 964.

54) *Calix diatretus* heißt ein Becher, welcher gestochene oder geschnitzte Figuren hat; von διατρέω, διατρητον, Calix caelatus et tornatilis. Daher *Toreuma*, Schnitzwerk. MARTIALIS *Lib. XII. Epigr.* 71. S. *Guil.* BUDAEUS Annotat. prior. et poster. in Pand. ad h. l. p. 118. *b.* in fin. (*Lutetiae* 1556. f.)

teros transire contendit, cisium evertit, et servum quassavit vel occidit? Puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit. Sed et utilis Aquilia ei dabitur.

§. 2. *eiusd. L.* Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit, et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

L. 25. §. 7. *D. eodem.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edict. provinc.* Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest.

3) Der Locator muß die Kosten tragen, welche aufzuwenden sind, um die vermietheten Dienste leisten zu können. Z. B. der Fuhrmann, den ich zum Transport einer Sache gemiethet habe, muß den Zoll für das Fuhrwerk bezahlen, ich hingegen habe nur die Abgabe für die Waare zu tragen [55]).

4) Für den Zufall steht jedoch derjenige nicht, welcher Dienste und Arbeiten für Andere um einen Lohn übernom-

55) *L.* 60. §. 8. *D. h. t. L.* 2. §. 1. *D. de L. Rhod. de iactu.* Westphal a. a. O. §. 942. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 862. S. 273.

men hat [56]). Es lassen sich indessen hier folgende Fälle denken: Der Zufall kann A) die Person betreffen und die Leistung der Dienste ganz oder zum Theil unmöglich machen. Hier kommt es darauf an, wem der Zufall begegnet ist. Ereignet er sich a) in der Person des Miethers, wird dieser z. B. durch Krankheit gehindert, sich die Dienste leisten zu lassen, oder stirbt er, so ist der Vermiether von seiner Verbindlichkeit frey, kann aber doch den ihm versprochenen Lohn fordern, eben so, als ob er die Dienste geleistet hätte, vorausgesetzt, daß er sich unterdessen bei keinem Andern vermiethet hat.

L.* 19. §. 9. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum*. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat [57]), decessisset, Imperator ANTONINUS cum *Divo* SEVERO rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: *Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas

56) *L.* 13. §. 1. *et* §. 5. *D. h. t. L.* 27. §. 29. *D. ad Leg. Aquil.* Westphal §. 970.

57) In den Basiliken Tom. II. pag. 424. wird der *νοτάριος* genannt, welcher hier *exceptor* heißt, ein Geschwind-Schreiber, der das, was man ihm dictirte, oder was von Rednern oder Andern ausgesprochen wurde, so geschwind niederschrieb, als es war ausgesprochen worden. Dieß ist die Bedeutung des Worts *Excipere*, wie aus SUETON in *Caesare* Cap. 54. *in Nerone* c. 53. und *Tito* cap. 3. erhellt. Man sehe LIPSIUS ad *Taciti* Annal. Lib. V. cap. 4. Exc. A. HEINSIUS et BURMANNUS ad *Petron.* c. 53. und DU FRESNE in Glossar. voc. *Actuarius;* auch *Guil.* PAUW Disput. ad varia iuris civ. Capita. *Traj.* ad Rhen. 1704. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissert. iurid. select. in acad. Belgic. habitar.* Vol. I. T. 1. pag. 112.)

operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

L. 38. *pr. D. eodem.* Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Ist hingegen b) der Vermiether durch Zufall gehindert worden, die Dienste zu leisten, so ist er zwar auch von seiner Verbindlichkeit frey, und es findet gegen ihn keine Interessenklage Statt; er kann aber auch den versprochenen Lohn, soweit er die Dienste zu leisten außer Stande war, nicht verlangen, und muß ihn in eben dem Maaße wieder erstatten, wenn er ihn etwa voraus erhalten hätte [58]).

L. 15. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua [59]) acceperat, repeteretur [60]),

58) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 22. MÜLLER ad Eundem. not. *α.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 105.

59) So lies't die Florentinische Handschrift, und dann ist *pro mutua* soviel, als in antecessum, oder, wie es in der *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* heißt: pensionem prorogare, oder, wie Haloander richtiger lies't: praerogare, den Lohn voraus bezahlen. S. HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto eiusque fragmentis (*Lipsiae* 1806.) §. 16. Diese Leseart vertheidigte auch Cujaz, von Pithöus belehrt, Observat. Lib. III. cap. 1. und glaubte Lib. VIII. cap. 34. die Klage sey hier die *Condictio ex promutuo*, d. i. die *Condictio indebiti.* Allein die Leseart ist hier sehr verschieden. Unser Erlanger Codex lies't *pro invecto.* Haloander und Baudoza haben:

rescriptum est ab ANTONINO Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, *cum munere vehendi functus non sit*[61]), quod in omnibus personis similiter observandum est.

Man macht jedoch eine Ausnahme, 1) wenn die Gesetze dem Locator aus besonderer Begünstigung ein Deservitum einräumen[62]). Allein dieser Fall kann bei einer bloßen

quam *pro invecto nauta* acceperat. In der Gebauerischen Ausgabe wird die Leseart gebilligt: *quam promte nauta acceperat.* Die florentinische Leseart hat jedoch *Io. Guil.* HOFFMANN in Observation. variis ad Pand. Dissertat. XVII. §. 3. durch mehrere Stellen der Griechen bestärkt. Deswegen läßt sich aber doch nicht mit Cujaz behaupten, daß wegen des voraus bezahlten Lohns die Condictio indebiti Statt finde. Das Gegentheil lehrt *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* Cujaz hat nachher in seiner Recitat. in Cod. ad L. 5. h. t. selbst die actio conducti angenommen. Man vergleiche noch *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 27. und *Osius* AURELIUS Dispunct. ad Merillium, Dispunct. XXVII. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 763.)

60) Statt *repeteretur*, wie die Taurellische Ausgabe lies't, hat unser Erlanger Codex: *repeteret.* So lies't auch Haloander. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 937. behält zwar *repeteretur* bei, glaubt aber, es müsse dann statt *quidam* besser a quodam, und statt *vecturam* vielmehr vectura heißen.

61) Diese Worte beweisen, daß hier mehr von einer locatione operarum als rerum die Rede sey. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 8.

62) Z. B. L. 4. D. de officio assessor. *L.* 19. §. 10. *D. h. t.* *L.* 38. §. 1. *D. eodem.* *L.* 15. §. 1. *Cod. de advocatis div. iudicior.* *L.* 3. §. 6. *L.* 5. §. 6. *Cod. de advoc. diversor. iudiciorum.* S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Band. §. 175. S. 134. der 4. Ausgabe.

Dienstvermiethung, vermöge deren illiberale Dienste für einen bestimmten Lohn geleistet werden, nicht Statt finden. Die Gesetze reden von besoldeten Staatsdienern und Advocaten, deren Dienstleistung sich auf keinen Locations-Contract gründet. Ueberhaupt aber ist noch erst die Frage, ob von den Vorrechten, welche den römischen Fiscalen eingeräumt wurden, wegen der veränderten Verhältnisse, noch heut zu Tage Gebrauch zu machen sey? worüber ich an einem andern Orte[63]) meine Meinung gesagt habe. Man macht 2) eine Ausnahme bei Dienstboten, welche durch Krankheit verhindert worden sind, ihren Dienst zu verrichten[64]). Zwar bescheidet man sich, daß, wenn der Contract mit einem Dienstboten auf mehrere Jahre geschlossen worden ist, und dieser dann durch Krankheit unfähig wird, die versprochenen Dienste seiner Herrschaft fernerhin zu leisten, derselbe nicht den Lohn für die ganze Dienstzeit fordern könne, die er hätte aushalten müssen, wenn er gesund und dienstfähig geblieben wäre. Allein das hält man wenigstens der Billigkeit, welche bei bonae fidei Contracten, zu denen der gegenwärtige Con-

63) S. den 4. Th. §. 326. a. S. 370. Not. 27. und 5. Th. §. 371. S. 124.

64) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXII. medit. 5. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 332. *Christ. Lud.* Stieglitz Progr. famulis aegrotantibus aut eorum mortuorum heredibus mercedem integram annuam praestandam atque sostrum pro eorum salute solvendum esse. *Lipsiae* 1769. Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 4. und *Io. Ad. Th.* Kind Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 49. pag. 270. sqq.

tract unstreitig gehöre, mehr als das strenge Recht zu berücksichtigen sey[65]), allerdings gemäß, daß einem Dienstboten wenigstens für das Jahr, wo er, wegen einer ihn ergriffenen Krankheit, seinen Dienst fortzusetzen unfähig wurde, der ganze Lohn ohne Abzug entrichtet werden müsse. Seyser[66]) hat sogar mehrere Stellen sowohl aus dem römischen als canonischen Rechte angeführt, um diese Meinung zu bestärken. Denn so habe Paulus in seinem libro singulari Regularum, woraus die *L.* 38. *D. h. t.* genommen ist, als allgemeine Regel aufgestellt: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Diese Stelle sey hier um so mehr anwendbar, da eine Krankheit als eine blos zufällige Verhinderungsursache in der Dienstverrichtung anzusehen sey, und daher als ein unvorhergesehener Zufall dem Dienstboten nicht zum Nachtheil gereichen könne. Afflicto et misero non addenda est calamitas. Eben deswegen werde auch ein Schiffer in der *L.* 10. §. 1. *in fine D. de Lege Rhodia* entschuldigt, wenn er durch Krankheit verhindert worden sey, seinen Dienst zu verrichten. Ja Paulus sage *L.* 4. §. 5. *D. de Statu liberis* in einem gewissen Falle, wo ein Herr seinem Sklaven die Freiheit unter der Bedingung vermacht hatte, wenn er seinem Erben noch ein Jahr gedient haben würde, ausdrücklich, daß auch die Tage, wo der Sklave krank gewesen und nicht habe dienen können, in dieses Dienstjahr eingerechnet werden müßten. Sed etsi quibusdam die-

65) *L.* 4. *Cod. de obligat. et act. L.* 8. *Cod. de iudic. L.* 90. *D. de reg. iuris.*

66) a. a. O. medit. 5. pag. 634.

bus, dieß sind des Paulus Worte, aut *valetudo*, aut alia iusta causa, impedimento fuerit, quominus serviat, et hi anno imputandi sunt. *Servire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur.* Von gleichem Geiste der Billigkeit belebt, verordne denn auch endlich das canonische Recht *Cap.* 1. *X. de clerico aegrotante*, quod Clericum ad percipienda beneficia, quae consueta sunt ab ecclesia, aegritudo sua non debeat impedire. Allein es ist ein Unterschied zu machen, ob die Krankheit eines Dienstboten nur von kurzer Dauer, oder ob sie so anhaltend war, daß der Dienstherr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. In dem ersteren Falle würde es allerdings sehr hart, und selbst den Rechten zuwider seyn, wenn man bei einer solchen kurz dauernden Krankheit den Lohn des Dienstboten kürzen wollte[67]). Daß aber der Bediente auch in dem zweiten Falle den völligen Lohn fordern könne, läßt sich aus den von Leyser angeführten Gesetzen nicht füglich erweisen, da sie offenbar diesen Fall gar nicht betreffen, wie Struben[68]), Wernher[69]) und Andere[70]) nach ihnen

67) Arg. *L.* 27. *pr. D. h. t.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 27. und Ad. Diet. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 102.

68) Rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 69.

69) Lectissim. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 8.

70) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 6. Band. Med. 342. und *Io. Ern. Iust.* Mueller Observat. pract. ad *Leysers* Meditat. Tom. II. Fasc. 2. Obs. 434.

schon längst gezeigt haben. Eine von den Gesetzen nicht unterstützte Billigkeit würde doch immer nur auf eine unvollkommene Pflicht hinausgehen, welche durch richterliche Hülfe nicht erzwungen werden kann. Der Hauptzweifel, der sich nicht heben läßt, bleibt immer der, daß der Lohn für die Dienste versprochen wird, und daher nicht mit Recht gefordert werden kann, wenn die letzteren nicht geleistet worden sind. Auf diesem Grunde beruht die Entscheidung der *L.* 15. §. 6. *D. h. t.* und nach den Worten: *quod in omnibus personis similiter observandum est*, ist sie für alle andere Fälle gleicher Art geltend. Von dieser Regel wird nun zwar in der *L.* 38. *pr. D. h. t.* eine Ausnahme in dem Falle gemacht, si per eum, qui operas suas locavit, *non stetit*, *quominus operas praestet.* Allein diese Ausnahme tritt hier offenbar nicht ein, wenn ein Dienstbote durch eine langwierige Krankheit an der Verrichtung seiner Dienste gehindert wird. Warum soll hier der blos seine Person treffende Zufall gerade dem Dienstherrn schaden? Cocceji[71]) will jedoch den Fall ausnehmen, wenn der Lohn vorausbezahlt worden ist. Hier finde keine Zurückforderung Statt, wenn auch die Dienste nicht geleistet worden wären. Allein die *L.* 38. §. 1. *D. h. t.* redet von Advocaten. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. So sagt Paulus in der angeführten Stelle. Wenn man nun auch hier nicht gerade mit Westphal[72]) einen solchen Fall annimmt, wo durch die Schuld

71) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. Exc.

72) Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 1001. a. E.

des Clienten die dem Advocaten aufgetragene Rechtssache nicht ausgeführt wurde, so ergibt sich doch aus anderen Gesetzen[73]) deutlich, daß es aus einer besonderen Begünstigung geschieht, wenn, von einem Advocaten das ihm für die Führung des Processes vorausgegebene Honorar nicht wieder zurückgefordert werden kann, wenn er ohne seine Schuld, und selbst durch seinen Tod, daran verhindert wird, welches also wohl auf Dienstboten keine Ausdehnung leidet[74]). Das Gegentheil lehrt offenbar die oben angeführte *L.* 15. §. 6. *D. h. t.*

B. Hat der Zufall die Sache betroffen, wegen welcher die Dienste zu leisten sind, so trägt der Miether als Eigenthümer den Schaden[75]), und er ist dennoch den versprochenen Lohn zu bezahlen schuldig[76]). Dagegen vergütet aber auch der Besteller der Arbeit dem Arbeitsmann den Schaden nicht, wenn dieser bei der Arbeit sein Handwerkszeug verdirbt[77]). Die Regel, daß der ge-

73) *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* *L. ult. Cod. de condict. ob causam dator.*

74) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 15. §. 6. D. h. t. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. a.

75) *L.* 13. §. 1. *et* 5. *D. h. t.* *L.* 27. §. 29. *D. ad Leg. Aquil.* STRUV Syntagm. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 31. Westphal §. 970. und *Car. Aug.* HAASE Comment. iuris civ. Rom. II. de opere locato et conducto. *Lipsiae* 1814. Cap. III. §. 2. pag. 21.

76) *L.* 33. *D. h. t.* Verb. *Quemadmodum.* S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Selecta iurisprud. civ. P. II. Exerc. XLI. §. 7.

77) *L.* 2. §. 1. *D. de Leg. Rhodia de iactu.* Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exar

ungene Arbeiter für keinen bloßen Zufall steht, leidet der ihre Ausnahmen, 1) wenn er den Zufall vertragsweise übernommen hat[78]), oder 2) wenn verabredet worden ist, daß die zum Transport oder zur Verarbeitung verdungene Sache nicht in Natur, sondern nur eine Sache von gleicher Gattung dafür geliefert werden solle[79]). Denn hier wird derjenige, der eine solche Dienstleistung übernommen hat, Eigenthümer der Sache, und der Besteller der Dienste bleibt ein bloßer Gläubiger der Quantität, wie aus folgendem merkwürdigen Gesetz erhellt:

L. 31. *D. h. t.* ALFENUS *lib.* 5. *Digestorum a Paulo epitomator.* In navem Saufeji cum complures frumentum confunderant, Saufeius unis ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt *oneris aversi*

maverit, nulla facienda est collatio, quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. *Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei, qui locaverit opus.* S. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIV. Th. 23. not. *y.* und HAASE cit. Comm. II. cap. III. §. 4.

78) *L.* 13. §. 5. *D. h. t.* Huic sententiae addendum est, *nisi periculum quoque in se artifex receperat:* tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. Westphal §. 971.

79) *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. §. Interdum. pag. 642. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de opere conducto §. 7. (in EJ. *Select. iurispr. civ.* P. II. Ex. XLII. §. 2.) MENCKEN Syst. Pandect. h. t. §. 23.

actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, *aut eiusdem generis redderetur*, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere, *ex posteriore, in creditum iri.* — Secundum quae videri triticum factum Saufeii, et recte datum. Quod si separatim tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum; quod nauta solvisset, vindicare. *Et ideo se improbare actiones oneris aversi;* quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, *ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret*, non videretur onus esse aversum, *quippe quod nautae fuisset*: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse *iudicium oneris aversi.* Sed si ita datum esset, ut *in simili re* solvi possit, *conductorem culpam duntaxat debere.* Nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento: quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam caeterorum.

Es wird in dieser Stelle, und zwar zu verschiedenen Malen, einer Klage als ganz bekannt, gedacht, welche außerdem nirgends weiter vorkommt, nämlich der actio oneris aversi, und aus Gründen gezeigt, daß sie gerade

ı dem Falle, welchen Alfenus hier entscheidet, nicht Statt haben solle. Mehrere Kaufleute hatten nämlich nen Schiffer gedungen, um ihnen Getreide für einen bestimmten Lohn an einen bestimmten Ort zu bringen. Das ietreide der verschiedenen Eigenthümer war aber weder in esonderen Verschlägen, noch in Säcken, Körben[80]) oder ässern[81]) von einander abgesondert worden, sondern sie atten es auf dem Schiffe in einen Haufen zusammengeschüttet. Nachdem das Schiff in den bestimmten Hafen ngelaufen war, gab der Schiffer einem der Interessenten ıf dessen Verlangen seinen Antheil von dem gemeinschaftchen Haufen, dann ging das Schiff mit der übrigen adung zu Grunde. Es fragte sich nun, ob nicht die ɔrigen Interessenten gegen den Schiffer wegen der ihnen

)) Die Leseart ist hier verschieden. Die florentinische Ausgabe hat *heronibus*. Dieß heißt denn soviel als Körbe. Unsere Erlanger Pand. Handschrift hat *Erronibus*, Baudoza *beronibus* nach der Emendation des Budäus Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 175., wo er sagt: Sunt enim *Berones* sacci, quasi *perones* a *pera* dicti. Robert Stephanus liest daher auch *peronibus*. Haloander hat gar *centibus*. Jac. Cujaz Observation. Lib. VII. cap. 39. gibt der florentinischen Leseart den Vorzug. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iur. univ. Lib. VIII. cap. 6. will aber lieber *arronibus* lesen. Man nehme indessen an, welche Leseart man will, am Ende läuft Alles auf Eins hinaus. Man sehe übrigens *B.* Brissonius de Verbor. Significat. sub. voc. *Hero* und die Note 60. ad h. L. in dem Gebauerischen Corpus iuris. T. I. pag. 339.

) Der Text hat das Wort *Cuppa*, worunter nach Budäus eine Art großer Fässer, so wie man sie auch zum Weine braucht, verstanden wird.

gebührenden Getreide-Antheile mit der actio oneris aversi klagen könnten? Warum aber mit dieser Klage? Sie konnten ihn ja mit der actio locati belangen, wenn er sich dabei eines Dolus oder auch nur einer Culpa schuldig gemacht hatte[82]). Es scheint also die actio oneris aversi gegen Schiffer gewöhnlicher und auch vortheilhafter gewesen zu seyn, als die actio locatio. Wahrscheinlich ging sie, wie die actio furti, auf das Doppelte. Sie setzte auch, wie der Diebstahl, Veruntreuung einer fremden Sache voraus, aber doch eine solche, welche, weil keine Absicht, sich durch Zueignung derselben zu bereichern dabei war, nicht als ein furtum behandelt werden konnte[83]). Hieraus erklärt sich denn auch die Bedeutung des Worts *avertere*. Dieß heißt hier nicht, wie es Anton Faber[84] irrig erklärt, permiscere et conturbare, sondern so viel als intercipere, amovere, etwas unterschlagen, veruntreuen, auf die Seite schaffen[85]). *Onus aversum* sagt Budäus[86]), est, quod interceptum est, (

82) *L.* 3. §. 1. *D. Nautae caup. et stabularii.*

83) S. Cujacius Observat. Lib. VII. c. 39. *Franc.* Connanus Comm. iuris civ. Lib. VII. cap. 11. *Lud.* Charondas Verisimil. Lib. III. cap. 5. *Guid.* Pancirolus Variar. Lection. Lib. II. cap. 43. und vorzüglich *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 1 — Außerdem noch *Franc.* Stypmann iur. maritim. P. I Cap. 10. n. 90. sq. *Rein.* Kuricke de iure maritim. hanseat. Qu. 33. und *Io.* Loccenius de iure maritimo et navali Cap. V. §. 13. (alle drei in *Io. Gottl.* Heineccii Scriptor. de iure naut. et maritimo. (*Halae* 1740.) pag. 5 897. und pag. 1025.)

84) Rational. in Pand. ad h. L. 31. h. t.

85) S. Brissonius de Verbor. Signif. sub. voc. *Avertere.*

86) Annotat. prior. et posterior. in Pand. fol. 175.

furtim ablatum. Hatte denn nun aber die actio oneris aversi in dem gegenwärtigen Falle Statt? Alfenus sagt: Nein! und beweist seine Meinung auf folgende Art: Man kann den Miethcontract, sagt er, wo es auf eine Dienstleistung bei fungiblen Sachen ankommt, auf zweierlei Art schließen. Entweder es soll das Nämliche wieder abgeliefert werden, was man vermöge des Contracts zum Transport oder zur Bearbeitung gab, z. B. ich gebe einem Fullo Kleider zu waschen, und sie wieder herzurichten oder es soll nur eine Sache von gleicher Gattung zurückgegeben werden. Z. B. ich gebe einem Goldschmied reines geschmolzenes Silber (argentum pusulatum[87]), um mir Gefäße — oder Gold, um mir goldne Ringe zu verfertigen. In dem ersteren Falle bleibt der Conductor Eigenthümer der Sache, in dem letzteren aber geht das Eigenthum auf den Uebernehmer der Dienste über, und der Besteller derselben bleibt blos ein Gläubiger der Quantität (in creditum itur)[88]). Das Geschäft wird aber darum nicht in ein Darlehen verwandelt, sondern es bleibt ein Miethcontract, woraus die actio locati entsteht. Es ist hier gerade so, wie bei dem Depositum. Denn wenn ich Jemanden baar Geld dergestalt in Verwahrung

87) Bei GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. VI. cap. 5. wird es *argentum purum putum* genannt. Man sehe auch BYNCKERSHOEK Obs. cit. Lib. VIII. c. 4.

88) Id est, *ut tantundem* restituatur. S. BYNCKERSHOEK c. l. cap. 4. pag. 294. Ein Anderes wäre es, wenn dem Goldschmied das Gold dergestalt gegeben worden wäre, daß er aus diesem Golde die Ringe verfertigen solle. Hier bleibt der Besteller der Arbeit Eigenthümer des dazu gegebenen Goldes. S. *L.* 34. *pr. D. de auro arg. legatis.*

gebe, daß das Geld weder verschlossen noch versiegelt, sondern blos in gemeinen Münzsorten dargezählt worden ist, so wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depositar übertragen, und dieser braucht nur tantundem pecuniae, d. i. eine gleiche Summe zurückzuzahlen, der Contract geht aber deswegen nicht in ein Darlehen über, sondern bleibt ein Depositum[89]). Mit dem Schiffer hatten nun die Befrachter auch so contrahirt, daß er Eigenthümer des Getreides geworden war. Er konnte also auch dem einen Interessenten seinen Antheil mit Recht davon geben. Ein Anderes wäre es, wenn das Getreide eines jeden Eigenthümers abgesondert geblieben wäre, so daß man sogleich unterscheiden könnte, welches einem jeden derselben gehörte. Hier fände freilich keine Vertauschung Statt, d. h. der Schiffer könnte nicht dem Einen das Getreide geben, welches dem Andern gehört, (non potuisse NOS[90]) permutationem facere[91]), sondern jeder der Eigenthümer würde das Seinige vindiciren können[92]). Aus diesen Prämissen zeigt nun Alfe-

89) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 940. S. 166. f.

90) *Ant.* FABER in Rational. will statt *nos* lieber *nautam* lesen. Ihm stimmt auch Westphal §. 931. S. 697. bei. Allein daß eine solche *ἐναλλαγὴ* der Personen in den Fragmenten der alten röm. Juristen gar nicht ungewöhnlich sey, hat BYNCKERSHOEK cit. loc. cap. 6. pag. 304. gezeigt.

91) *Permutationem facere* ist hier nichts Anderes, als alteri reddere alterius frumentum, wie das Wort *permutare* auch Ulpian *L.* 13. §. 6. *D. h. t.* in einem ähnlichen Falle gebraucht.

92) Cujaz a. a. O. setzt hinzu, daß außerdem auch noch die actio oneris aversi gegen den nauta auf das Doppelte habe angestellt werden können.

nus die Unstatthaftigkeit der actio oneris aversi in dem gegenwärtigen Falle durch folgendes Dilemma: Das Getreide wurde dem Schiffer entweder dergestalt zum Transport überliefert, daß er es an Ort und Stelle nur der Gattung nach restituiren sollte, oder es sollte dasselbe Getreide abgeliefert werden, was dem Schiffer zum Transport gegeben wurde. In dem ersteren Falle war ja der Schiffer Eigenthümer des Getreides geworden. Wie konnte er also eine Untreue an seiner eigenen Sache begehen? gewiß eben so wenig, als der Eigenthümer einen Diebstahl an seiner Sache begehen kann[93]). In dem letzteren Falle finde wegen der betrüglichen Vertauschung die actio furti Statt, und mache das iudicium oneris aversi überflüssig. Allein wie, wenn diese Veruntreuung, weil kein animus lucri faciendi dabei war, nicht als ein furtum behandelt werden konnte? Man setze, der nauta habe durch seinen Dolus das Schiff untergehen lassen, um Schaden zu stiften, oder durch ein grobes Versehen desselben seyen die Schiffsgüter der Befrachter verwechselt worden. Hier, wo keine actio furti Statt hatte, sagt Bynkershök[94]), konnte statt der actio conducti, die höchstens nur auf das Interesse ging, die actio oneris aversi auf das Doppelte angestellt werden. In dem gegenwärtigen Falle fiel nun aber die actio oneris aversi darum ganz weg, weil die gegebene Schiffsladung nicht gerade in derselben Species, sondern nur in einer gleichen Gattung abgeliefert werden sollte. Hätte aber deswegen

93) *L.* 43. §. 1. *in fin.* *L.* 59. *D. de furtis.*

94) Observat. c. l. cap. 7. S. auch Westphal vom Kauf rc. §. 931. a. E. S. 698.

nicht vielleicht mit der actio locati geklagt werden können? Diese Klage wäre nämlich darauf gegangen, daß der Schiffer den Klägern die verloren gegangene Ladung entweder durch eben soviel von derselben Art Getreide, oder, wenn sie sich damit begnügen wollen, durch Leistung des Interesse vergüte. Allein dann hätte er sich irgend einer Culpa schuldig gemacht haben müssen. Auch diese ist hier nicht erfindlich. Denn wegen des erfolgten Schiffbruchs wird ihm ja gar nichts zur Last gelegt. Dieser wird stillschweigend als ein reiner Unglücksfall angesehen, welcher den Verpflichteten von seiner Verbindlichkeit befreit. **Naufragii periculum**, sagt Cujaz, **pertinet ad locatores, si sine dolo et culpa nautae naufragium contigerit** *), **et repetere duntaxat possunt vecturas, si quas dederint in antecessum**[95]). Er müßte also etwa dadurch eine Culpa begangen haben, daß er von dem Haufen des vermischten Getreides dem Einen der Befrachter seinen Theil gegeben hatte. Allein wie kann ihm das zum Vorwurf gemacht werden, was er mit keinem Recht dem abzuliefern verweigern konnte, der solches zuerst verlangte? Freilich ist dieß nun ein Glück für den, der auf solche Art das Seinige wieder erhielt, und es dadurch rettete. Wer kann es ihm aber verdenken, daß er vigilanter war, als die Uebrigen, denen eine gleiche Abforderung freistand? Ihm bleibt daher, was er hat, und den Uebrigen der erlittene Verlust.

*) *L.* 10. §. 1. *D. de Lege Rhodia de jactu.*

95) Man sehe auch *Henr.* Voltejus in institut. iur. civ. Comm. ad Princip. h. t. nr. 15. und Schöman Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 145. Not *).

§. 1055.

Wer trägt bei der Locatio conductio operis den Schaden, wenn das bestellte Werk zu Grunde geht?

Da bei der Locatio conductio operis (Werkverdingung) die Dienste eines Künstlers oder Handwerkers zur Ausführung eines zusammenhängenden Ganzen, z. B. eines Gebäudes, eines Kleides u. dgl. gedungen werden, so entsteht C) die Frage, wer den Schaden tragen müsse, wenn das Werk zu Grunde geht, welches Jemand bei einem Künstler oder Handwerker bestellt hat? Hier ist zu unterscheiden:

I) Das Werk ist zu Grunde gegangen, nachdem es vollendet und von dem Besteller als tüchtig angenommen worden war. Hier trägt der Besteller den Schaden; der Werkmeister ist von allem Anspruche frei, wenn auch ein Fehler in der Arbeit den Zufall verursacht haben sollte[96]. Es ist hier gerade so, als wenn ein Gläubiger sich einen schlechten Schuldner hat überweisen lassen, oder einen schlechten Bürgen als tüchtig angenommen hat[97]. Er muß sich ihn nachher gefallen lassen, denn es ist seine Schuld, daß er ihn so willfährig annahm. Es muß nur aber

96) *L.* 36. *et* 37. *D. h. t.* *L.* 62. *D. eodem.* *L.* 1. §. *ult. D. de pollicitat.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 37. Verb. *Plane si locator* etc. *Hug.* Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. in fin. Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 24. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 934. und *Car. Aug.* Haase Comment. iuris civ. II. de opere locato et conducto. Cap. V. §. 1. p. 33. Man sehe jedoch Pufendorf Observat. iur. univ. T. II. Obs. 14.

97) *L.* 26. §. 2. *D. Mandati.* *L.* 3. *in fin. D. de fidejuss.* *L.* 3. §. *ult. D. Ut in possess. legator.*

freilich der Besteller des Werks nicht durch Betrug des Verfertigers zur Annahme und Genehmigung desselben verleitet worden seyn [98]). Etwas Besonderes verordnen jedoch die Gesetze bei den öffentlichen Werken. Hier sollen sowohl die Curatores operum, die mit den Baumeistern oder redemtoribus zu contrahiren pflegten [99]), als diejenigen, denen das Geld zum Bau vom Staate decretirt worden war, nebst ihren Erben dem Staate funfzehn Jahre lang mit ihrem Vermögen für den Schaden haften, wenn binnen dieser Zeit ein Fehler des Gebäudes entdeckt wird.

L. 8: *Cod. de operib. public.* VALENTIN. THEODOSIUS et ARCADIUS [100]). A. A. A. *Cynegio* P. P. Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operarum publicorum, vel pecunia ad exstructionem solito more credita, *usque ad annos quindecim* ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitum tempus pervenerit, de eorum patrimonio, *exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti*, reformetur.

Man schließt hieraus, wenn ein neues Gebäude unter 15 Jahren wieder einfällt, so sey anzunehmen, daß es wegen eines Fehlers in der Arbeit zu Grunde gegan-

98) *L.* 14. *pr. D. h. t.*

99) *L.* 2. §. 1. *D. de operib. public.* S. HAASE Cit. Commentat. I. Cap. III. §. 3.

100) S. *Iac.* GOTHOFREDUS Chronol. Cod. Theodos. T. I. pag. 120. et Comm. ad L. 24. Cod. Th. de operib. public. Tom. V. pag. 337.

gen sey[1]); und Leyser[2]) will diese Verordnung auch auf **redemtores aedificiorum privatorum** anwenden. Allein auch davon abgesehen, daß öffentliche Gebäude mehr begünstigt sind, als Privatgebäude, so lehrt schon die Erfahrung, daß bei Errichtung öffentlicher Werke gewöhnlich nicht die genaue Sorgfalt angewendet zu werden pflegt, welche bei Privatgebäuden dem Bauherrn eben so leicht möglich, als gewöhnlich ist[3]). Es ist daher begreiflich, daß bei Privatgebäuden nicht dasselbe Verhältniß, wie bei öffentlichen Gebäuden vorhanden sey[4]). Bei diesen gilt daher die Regel, daß nach der erfolgten Genehmigung des Werks der Baumeister für keinen Fehler weiter stehe, sondern der Bauherr den Schaden, den er erleidet, seinem Leichtsinn und seiner Nachgiebigkeit zuschreiben müsse[5]).

1) Brunnemann Comm. ad L. 8. C. de oper. publ.

2) Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXII. medit. 3.

3) *Iac.* Gothofredus Comm. ad L. 24. Cod. Theod. de operib. public. (Tom. V. pag. 337. der Ritterschen Ausgabe) sagt: *Utrumque hoc ita constitutum observare aequissimum est, eo, quod opera publica, ut caetera publica, segnius ferme accurari solent.* *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 37. will zwar die *L. Cod. de operib. public.* von einem solchen Fall erklären, wo das Werk noch nicht gebilligt war. Allein darauf kam es hier gar nicht an, weil der Staat sich an den hielt, dem er die Besorgung des Baues übertragen und das Geld dazu angewiesen hatte, nicht an den Werkmeister. *L.* 2. §. 1. *D. de operib. publ.*

4) S. Haase cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 3. pag. 22.

5) S. *Sam. Fidr.* Willenberg Exerc. de opere conducto. §. 8. et 9. (in ej. *Select. iurisprud. civ.* P. II. Ex. XLII. pag. 660.)

II. Der Schade ist vor der Billigung [6]) des Werks geschehen. Hier lassen sich wieder folgende Fälle denken:

6) Diese Billigung (probatio locatoris) besteht darin, wenn der Besteller entweder ausdrücklich erklärt, daß das gelieferte Werk contractmäßig und recht gemacht sey, oder das ihm überlieferte Werk, ohne daran eine Ausstellung zu machen, annimmt. Ist die Arbeit des Künstlers oder Werkmeisters der Beurtheilung des Bestellers oder eines Dritten überlassen worden, so muß hier alle Schikane und Collusion wegfallen. Die Beurtheilung muß auf Billigkeit gegründet seyn, welche allen Betrug ausschließt, damit kein Theil dabei verletzt werde. Ist daher a) die Genehmigung des Werks dem Gutachten des Bestellers überlassen worden, so ist es eben so anzusehen, als sey es dem billigen Ermessen irgend eines Andern überlassen worden. Der Bauherr darf also das Werk nicht verwerfen, wenn jeder billig Denkende es genehmigen müßte. Ist aber b) die Beurtheilung des Werks dem Gutachten eines Dritten überlassen worden, und dieses wirklich erfolgt, so hat es dabei sein Bewenden; es müßte denn offenbar unbillig seyn, oder durch betrügerisches Einverständniß mit dem Werkmeister zum Nachtheil des Bestellers veranlaßt worden seyn. Am Ende wird dann das billige Ermessen des Richters den Ausschlag geben. *L.* 24. *pr. D. h. t.* Si in lege locationis comprehensum sit, *ut arbitratu domini opus approbetur*, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, *si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit*. Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, *quale viro bono convenit*. Man fügt noch hinzu *L.* 76. 77. *et* 79. *D. pro Socio. L.* 75. *pr. D. de legat. I. L.* 7. *pr. D. de contr. emt.* HAASE cit. Comment. II. Cap. IV. §. 2. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 1013. und Bucher Recht der Forderungen. §. 76. S. 153.

A) Die Schuld lag an der Arbeit. Dann muß der Werkmeister für den Schaden stehen, es wäre denn, daß er das Werk ganz nach der Angabe und Vorschrift des Bestellers verfertigt hätte.

L. 51. §. 1. *D. h. t.* JAVOLENUS *libro* 11. *Epistolarum.* Locavi opus faciendum ita ut pro opera redemtori certam mercedem in dies singulos darem. Opus vitiosum factum est; an ex locato agere possim? Respondit, si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur [7]), tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, *praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est.* Non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur: si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit [8]). Poterit

7) Es war hier ausgemacht, daß das Werk ganz fertig und gut gearbeitet seyn müsse, wenn es der Besteller übernehmen solle. Ich bemerke hierbei, daß der Ausdruck: *approbare opus* recht eigentlich von dem Werkmeister gebraucht wird, wenn er die Arbeit so gemacht hat, daß der Besteller damit zufrieden ist; so wie das Wort *probare* von dem Besteller der Arbeit, wenn er sie billigt. Doch werden auch häufig diese Ausdrücke verwechselt. So z. B. wird *L.* 24. *in fin. princ. D. h. t.* approbatio, und in *L.* 60. §. 3. *D. eodem.* probatio vom Locator; hingegen probare opus locatori *L.* 37. und *L.* 62. *D. h. t.* vom conductor gebraucht. S. *Guil.* BUDAEI Annotation. prior. et posterior. in Pand. fol. 234. lit. H. et I. (*Lutetiae* 1556.)

8) Das heißt, wenn der Werkmeister accordmäßig erst das Werk ganz fertig liefern sollte, so kommt es nicht darauf an, ob

itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, *nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur*[9]).

L. 62. *D. eodem.* LABEO *libro* 1. *Pithanorum.* — Si *operis vitio* accidit, tuum erit detrimentum, sc. qui rivum faciendum conduxeras.

B) Die Schuld der Vernichtung lag **an der Sache**, welche von dem Besteller des Werks angewiesen und dazu hergegeben worden war. Z. B. durch einen Fehler des zum Bauplatz angewiesenen Bodens (soli vitio) ging das darauf errichtete Gebäude zu Grunde; oder die zur Verfertigung des Werks von dem Besteller gelieferte Materie war fehlerhaft. Hier trifft der Schade natürlich den Besteller.

L. 13. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si gemma includenda aut insculpenda

man ihn tageweis bezahlte, oder ihm auf einmal den bedungenen Lohn gibt. Denn wenn gleich der Besteller den Lohn tageweis bezahlte, so hatte er doch deswegen das noch nicht übernommen und gebilligt, was jeden Tag gearbeitet ist. Genug, daß der Accord den Werkmeister anwies, das Werk erst ganz fertig zu machen, ehe von einer Billigung und Uebernehmung desselben die Frage seyn konnte. S. Westphal S. 703.

9) Denn war das Werk ganz nach der Instruction des Bestellers gearbeitet worden, so kommt es auf gar keine Billigung desselben an, weil er es sich nun selbst zuzuschreiben hat, daß das Werk nicht besser ausfiel. S. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 9. §. *Altera species.* pag. 642. und Westphal a. a. O.

data sit, eaque fracta sit, *si quidem vitio materiae factum sit*, non erit *ex locato* actio.

L. 33. *D. eodem.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestionum.* Verb. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, *et solum corruisset*, nihilominus teneberis.

L. 62. *D. eodem.* LABEO *libro* 1. *Pithanorum.* Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes[10]) corrumpit, tuum periculum est. PAULUS: *Immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum.*

L. 59. *D. eodem.* JAVOLENUS *libro*.5. *Labeonis Posterior.* Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta, *terrae motu*[11]) concussum erat aedificium. MASSURIUS

10) LABES ist hier soviel als hiatus vel discessio terrae, ein Einsturz des Erdbodens, wodurch eine tiefe Oeffnung entsteht. CICERO *de divinat.* Lib. I. c. 35. et 43. LIVIUS Lib. XLII. Cap. 15. S. *Guil.* BUDAEI Annotat. prior. et post. in Pand. h. t. fol. 168. k.

11) Der Ausdruck *Terrae motus* soll hier nicht ein eigentliches Erdbeben anzeigen, wodurch Berge versinken, Häuser einstürzen, und das feste Land in einen See verwandelt wird, von welcher fürchterlichen Naturerscheinung und deren Ursachen SENECA *Quaestion. natur.* Lib. VI. cap. 4. ausführlich handelt, sondern ein Nachgeben und Einsinken des zu lockern oder sumpfichten Bodens, von der Schwere des darauf errichteten Gebäudes, wodurch dessen Ruin verursacht wurde. Also Terrae motus a vi naturali *solique vitio* proficiscens, wie es VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37. ganz richtig erklärt.

vero ita conductum sit, ut *in pedes mensurasve* praestetur, eatenus conductoris periculo est, *quatenus admensum non sit.* Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen *vi majore* opus prius interciderit, quam adprobaretur, *locatoris periculo est*[18]), nisi si aliud actum sit. *Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus*[19]) *esset.*

major davon unterschieden, und darunter ein solcher casus verstanden, cui resisti non potest, und welchen auch der Besteller des Werks selbst durch keine Vorsicht hätte abwenden können, wenn ihm auch das Werk schon fertig überliefert worden wäre. Das Wort periculum kann auch auf culpa omnis gehen, *L.* 14. §. 16. *D. de furtis*, und eine Gefahr bezeichnen, welche durch Vorsicht und Sorgfalt hätte abgewendet werden können, so wie in der *L.* 40. *D. h. t.* von einem periculo custodiae die Rede ist. S. Joh. Christ. Hasse Culpa des röm. Rechts. §. 77. S. 378. ff.

18) Haloander liest hier *locatoris periculo* NON *est.* *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2. (*in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1435.) bemerkt auch, daß er in einer alten Handschrift *conductoris periculo est* gelesen habe. Allein Augustin verwirft mit Recht beide Lesearten.

19) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will statt consecutus lieber *consecuturus* lesen. Allein der Sinn bleibt auch nach der florentinischen Leseart der nämliche. Er hat übrigens Recht, wenn er diese Worte auf den Locator, und nicht mit Accursius auf den Conductor bezieht. Er sagt nämlich: *Atqui locator, etiamsi opus et adprobatum et admensum et traditum locatori fuisset, nunquam tamen cura et opera sua ac diligentia quantumvis exactissima*

Es trage nun aber entweder der Besteller des Werks, oder der Werkmeister den Schaden, so wird Letzterer durch den Ruin des angefangenen Werks nicht immer von seiner Verbindlichkeit, dasselbe dennoch herzustellen, frei, wenn eine solche Herstellung noch möglich ist. Es muß ihm nur zu diesem neuen Baue wieder eben soviel Zeit gelassen werden, als zu dem ersten. Jedoch ist dann der Unterschied wichtig, ob der Besteller oder der Uebernehmer desselben den Schaden trägt. In dem ersteren Falle geschieht Alles auf Kosten des Bestellers, und der Unternehmer bekommt auch für das neue Werk so gut, wie für das erstere, seinen Arbeitslohn. In dem letzteren Falle hingegen muß dieser die Kosten tragen[20]).

L. 15. *D. de Verb. Obligat.* POMPONIUS *Lib.* 27. *ad Sabinum.* Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum duntaxat ex-

consequi potuisset, ne opus vi majore consumeretur. Vis enim major illa est, quae nullo hominis facto aut consilio prohiberi et impediri potest. Ergo nec postulare locator a conductore debet, ut vim illam majorem praestet, quam ipse nulla cura nullaque diligentia impedire potuisset. Aequius igitur est, ad locatorem casum hunc fortuitum pertinere, quam ad conductorem, quia scilicet certum est hoc casu aeque omnimodo perituram rem fuisse penes locatorem. Man sehe auch Westphal vom Kauf §. 936. S. 703.

20) S. *Hug.* DONELLUS ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. Comm. ad L. 15. h. t. pag. 75. und HAASE Comment. II. de opere locato et conducto Romanor. Cap. V. §. 2. p. 35.

vero ita conductum sit, ... -orius est, ut inte-
praestetur, eatenus con...
tenus admensum non ... 6.
citurum locatori, ... a des Miethers oder Pächters.
opus adprobetur ...
majore opus ... die besonderen Verbindlichkeiten des
locatoris ... betrifft, so bestehen sie darin:
sit. *Non* ... Miether oder Pächter ist verbunden, das ver-
teat, q... Pacht- oder Miethgeld, und zwar
tus 19) ...

1) ganz zu entrichten, auch wenn er durch seine Schuld nicht den vollen Nutzen der Sache gezogen hätte[21]; es müßte denn etwa der Eigenthümer die von dem Conductor ungenützt gelassene Sache sogleich wieder einem andern vermiethet haben. Hier darf dann der Conductor den Miethzins nur bis zu der Zeit bezahlen, wo er die Miethe verließ, weil nun der Vermiether kein weiteres Interesse hat[22]). Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L.* 55. §. 2. *D. h. t.* sagt:

Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, *ad solvendas totius temporis pensiones* ex conducto conveniri potest, QUATENUS *locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur.*

21) *L.* 203. *D. de div. reg. iuris. Ge. Lud.* Boehmer Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 12. nr. II. (in *Elect. iuris. civ.* Tom. I. pag. 267.)

22) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract §. 1001. Schweppe röm. Privatrecht 2. B. §. 418 Nr. 2.

… offenbar würde hier der Pächter nicht, blos
…digung, sondern auch einen Gewinn zu erhalten
…r das Pachtgeld, welches er jetzt von dem
erhält, auch von dem Ersteren verlangen
…ß *quatenus*[23]) etc. wäre vielmehr
… gewesen, wenn der Conductor den ganzen
…ezahlen unbedingt verbunden wäre. Von dem
…, wo der Miether an dem verhinderten Gebrauche
… Sache selbst Schuld war, und der Vermiether daher
…s bedungene Miethgeld dennoch fordern konnte, redet
…ch Scävola *L.* 61. §. 1. *D. h. t.* wo er sagt:

**…Navem conduxit, ut de provincia Cirenensi
…quilejam navigaret, olei metretis tribus millibus
…positis, et frumenti modiis octo millibus, certa
…ercede. Sed evenit, ut onerata navis in ipsa
…ovincia novem mensibus retineretur, et onus
…positum commisso tolleretur[24]). Quaesitum est,**

…) In den Basiliken Tom. II. pag. 435. heißt es: ἐφ᾽ ὅσον διαφέρει τῷ μισθώσαντι, i. e. *quatenus locatoris interest.* Westphal vom Kauf ꝛc. §. 1002. S. 760. erklärt zwar das *Quatenus* durch ita ut. Eben so der Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 480. οὕτω μέν τοι ὡς καὶ διαφέροντος γίνεσθαι λόγον, διά τὸ περιποιηθῆναι μοι τὸ …ζήμιον; i. e. *ita tamen, ut eius, quod mea interest, …atio habeatur, ut indemnitas mihi servetur.* Allein am Ende läuft doch Alles darauf hinaus, daß der Locator nur …n soweit, als er ein erweisliches Interesse hat, entschädigt werden soll.

…) Der Miether hatte das Schiff mit Contrebande befrachtet; darum war das Schiff angehalten, und die Waaren confiscirt worden. Unter diesem Verlust konnte der unschuldige Vermiether des Schiffs nicht leiden.

spectandum, quod deerat? Et verius est, ut integrum ei detur.

§. 1056.

2) Besondere Verbindlichkeiten des Miethers oder Pächters.

Soviel hiernächst die besonderen Verbindlichkeiten des Conductors anbetrifft, so bestehen sie darin:

I. Der Miether oder Pächter ist verbunden, das verabredete Pacht- oder Miethgeld, und zwar

1) ganz zu entrichten, auch wenn er durch seine Schuld nicht den vollen Nutzen der Sache gezogen hätte[21]); es müßte denn etwa der Eigenthümer die von dem Conductor ungenützt gelassene Sache sogleich wieder einem Andern vermiethet haben. Hier darf dann der Conductor den Miethzins nur bis zu der Zeit bezahlen, wo er die Miethe verließ, weil nun der Vermiether kein weiteres Interesse hat[22]). Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L.* 55. §. 2. *D. h. t.* sagt:

Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, *ad solvendas totius temporis pensiones* ex conducto conveniri potest, QUATENUS *locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur.*

21) *L.* 203. *D. de div. reg. iuris. Ge. Lud.* Boehmer Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locutae usum. Cap. I. §. 12. nr. II. (in *Elect. iuris. civ.* Tom. I. pag. 267.)

22) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf-, Pacht- und Mieth-Contract §. 1001. Schweppe röm. Privatrecht 2. B. §. 418 Nr. 2.

Denn offenbar würde hier der Pächter nicht blos ie Entschädigung, sondern auch einen Gewinn zu erhalten hen, wenn er das Pachtgeld, welches er jetzt von dem eiten Pächter erhält, auch von dem Ersteren verlangen ollte. Der Beisatz *quatenus*[23]) etc. wäre vielmehr nz überflüssig gewesen, wenn der Conductor den ganzen ns zu bezahlen unbedingt verbunden wäre. Von dem lle, wo der Miether an dem verhinderten Gebrauche : Sache selbst Schuld war, und der Vermiether daher s bedungene Miethgeld dennoch fordern konnte, redet ch Scävola *L.* 61. §. 1. *D. h. t.* wo er sagt:

Navem conduxit, ut de provincia Cirenensi quilejam navigaret, olei metretis tribus millibus positis, et frumenti modiis octo millibus, certa ercede. Sed evenit, ut onerata navis in ipsa ovincia novem mensibus retineretur, et onus positum commisso tolleretur[24]). Quaesitum est,

) In den Basiliken Tom. II. pag. 435. heißt es: ἐφ᾽ ὅσον ιαφέρει τῷ μισθώσαντι, i. e. *quatenus locatoris inter- est.* Westphal vom Kauf ꝛc. §. 1002. S. 760. erklärt zwar das *Quatenus* durch ita ut. Eben so der Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 480. οὕτω μὲν τοι ὡς καὶ δια- φέροντος γίνεσθαι λόγον, διὰ τὸ περιποιηθῆναι μοι τὸ ἐξήμιον; i. e. *ita tamen, ut eius, quod mea interest, atio habeatur, ut indemnitas mihi servetur.* Allein am Ende läuft doch Alles darauf hinaus, daß der Locator nur n soweit, als er ein erweisliches Interesse hat, entschädigt verden soll.

) Der Miether hatte das Schiff mit Contrebande befrachtet; darum war das Schiff angehalten, und die Waaren confis- irt worden. Unter diesem Verlust konnte der unschuldige Vermiether des Schiffs nicht leiden.

an vecturas, quas convenit, a conductore secundum locationem exigere navis[25]) possit? Respondit, secundum ea, quae proponeruntur, posse.

Da jedoch das Mieth- oder Pachtgeld für die Benutzung der Sache gegeben wird, so fällt die Verbindlichkeit zur Entrichtung desselben ganz oder zum Theil weg, oder, wenn es schon bezahlt seyn sollte, so findet gänzliche oder theilweise Zurückzahlung statt, wenn die Sache wegen irgend eines Ereignisses nicht benutzt werden konnte, und das Hinderniß nicht in der Person des Conductors liegt[26]). Dahin gehört 1) wenn die Sache zufällig zu Grunde geht.

L. 19. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis rectissime MELA scripsit, ex conducto actione repetiturum.

L. 30. §. 1. *D. eodem.* ALFENUS *lib.* 3. *Digestorum a Paulo epitomatorum.* Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto, respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut

25) Nach POTHIER Pand. Iustin. T. I. Nr. LVI. not. e. ist hier locator navis zu lesen. Haloander und Bauboza haben *secundum locationem navis exigere possit.*

26) *L.* 9. §. 1. *L.* 15. §. 7. *D. h. t.* BOEHMER cit. Diss. §. 13. sqq und Schweppe röm. Privatrecht. §. 419.

ro portione temporis, quo lavationem non prae-
itisset, pecuniae contributio fieret[27]).

2) Wenn der Conductor aus der Sache verdrängt
urde, ohne daß auch der Locator im Stande war, der
ewalt von außen zu widerstehen, oder der Conductor
is einer ihn entschuldigenden Ursache die Miethe vor der
eit verlassen hat.

L. 33. *D. h. t.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestio-
um.* Si colonus tuus fundo frui — ab eo inter-
ellabitur, quem tu prohibere propter vim majo-
em aut potentiam eius non poteris, *nihil amplius
i, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.*

L. 27. §. 1. *D. eodem.* ALFENUS *lib.* 2. *Dige-
orum.* Iterum interrogatus est, si quis timoris
ausa emigrasset, deberet mercedem nec ne? Re-
pondit, *si causa fuisset, cur periculum timeret,
uamvis periculum vere non fuisset, tamen non
ebere mercedem;* sed si causa timoris iusta non
uisset, nihilominus debere[28]).

3) Wenn dem Conductor die Nutzung der Sache ge-
ade in Ansehung desjenigen Theils geschmälert wurde,
elcher ihm am nöthigsten war und daher den wich-

7) D. h. daß das vorausbezahlte Miethgeld nach dem Ver-
hältniß der Zeit, wo der Gebrauch des Badehauses aufhörte,
zurückgegeben werden solle. In den Basiliken T. II. p. 429.
heißt es: *τοῦ λειπομένου χρόνου τὸν μισθὸν ἀναλαμβάνω.*
i. e. *residui temporis mercedem recipiam.*

8) S. Westphal vom Kauf rc. §. 1002. S. 760. und *Car.
Christ.* HOFACKER Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni
Vari libris XL. Digestor. supersunt. *Tüb.* 1775. p. 58. sqq.

L. 15. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. SERVIUS *omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait:* ut puta *fluminum, graculorum, sturnorum*[31]), et si quid

Tom. III. p. 464. sqq.) *Guil. Herm.* RIEDESEL *ab* EISENBACH Commentat. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas, cum praefat. *Io. Steph.* PÜTTERI. *Goettingae* 1760. *Frid. Wilh. Lud. de* BEULWITZ Diss. de remissione mercedis ob damna fortuita. *Rudolst.* 1773. *Io. Guil. Frid.* KRAFFT Diss. qua quaestio: Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem, si casu adverso fructibus fundi conducti vel penitus vel magna ex parte privatus fuerit? ex iure civili dissolvitur. *Marburgi* 1761. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. *Goett.* 1764. Cap. I. §. 17. sqq. et Cap. II. (in *Elect. iuris civ.* T. I. p. 275. sqq.) *Aug. de* BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticorum ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. *Gryphiswaldiae* 1756. *Ge. Frid.* ALBRECHT Diss. de mercedis remissione ob sterilitatem aestimanda. *Giesae* 1779. und STEEB Diss. de quantitate damni casu in rebus locatis dati mercedi remittendae locum faciente. *Tübingae* 1798.

31) *Graculi* und *Sturni* sind eine Art sehr gefräßiger Vögel, deren Art es eigen ist, in großen Schaaren zu fliegen, und, wo sie hinfallen, die Fruchtfelder und Aecker zu verheeren, z. B. Krähen und Staare. PLINIUS gedenkt ihrer *Histor. Natur.* Lib. X. Cap. 35. und Lib. XI. c. 35. p. 271 nach der zweibrückener Ausgabe. Was die *Graculi* für eine Art der Vögel sind, hat *Aegid.* MENAGIUS in Amoenitatib iuris civ. Cap. 38. ausführlich untersucht.

sile[32]) *acciderit*, aut si *incursus hostium* fiat. Si
a tamen vitia *ex ipsa re* oriantur, haec *damno*
oni esse[33]); veluti si vinum coacuerit; si rau-

z. B. edaci locustarum pernicie, wie *L.* 18. *Cod. de*
cato et conducto sagt. Plinius *Histor. Nat.* Lib. XI.
ap. 35. handelt von diesem Ungeziefer ausführlich. Deorum
ae pestis ea intelligitur. Namque — immensos tractus
ermeant, dira messibus contegunt nube, multa contractu
durentes, omnia vero morsu erodentes, et fores quo-
ue tectorum. Das durch die Heuschrecken angerichtete Ver-
erben wird im Buch der Richter Kap. 6. einer feindlichen
Verheerung gleichgeachtet. Zu dem Quid simile rechnen die
Basilica T. II. pag. 421. auch *βλάβη τῶν γεράνων* (gruum).
Man kann auch noch den Mäusefraß hieher rechnen. S.
Ge. Ad. Struv Disquis. de muribus eorumque damnis.
Jenae 1676. Cap. 3. und Pothier Pand. Iustin. T. I. h. t.
Ir. LI. not. 1.

Wenn der Schaden nicht von aussen kommt, sondern aus
der Sache selbst herrührt, z. B. wenn der Wein am Stocke
sauer wird, welches in Italien kein ungewöhnlicher Fall
seyn mag (*L.* 9. §. *fin. D. de contrah. emt. L.* 1. *D. de*
peric. et comm. rei vend. L. 83. *D. de legat. III.* Cato
de Re Rustica cap. 148.), oder wenn die Saat durch Wür-
mer, welche die Wurzeln anfressen, verdorben, oder durch Un-
kraut erstickt wird, so muß der Pächter den Schaden tragen.
Denn hier hat er ihn gewöhnlich seiner Nachläßigkeit zuzu-
schreiben. Schon den Römern waren die Mittel zur Ab-
wendung dieser Uebel nicht unbekannt. Plinius *Hist. Nat.*
Lib. XVIII. cap. 45. Columella *de Re Rustica* Lib. II.
cap. 9. und Virgilius *Georgicor.* lib. I. vers. 150. sqq.
Man sehe über diese Stelle auch *Ger.* Noodt Comment. ad
Dig. h. t. §. *Hucusque* p. 425. und Westphal vom Kauf
§. 972. S. 739. Unrichtig versteht jedoch Pothier Pand.

cis[34]) aut herbis[35]) segetes corruptae sint. Sed et si labes[36]) facta sit, omnemque fructum tule-

Iustin. T. I. h. t. Nr. LI. not. m. die Worte: ex ipsa re non fructibus iam perceptis.

34) PLINIUS *Histor. Natural.* Lib. XVII. cap. 30. nr. 3., wo er von der Baumzucht handelt, sagt: Olea, ubi quercus effossa sit, male ponitur, quoniam vermes, qui *Rauci* vocantur, in radice quercus nascuntur, et transeunt. Von diesen, nicht blos den Wurzeln der Bäume, sondern auch den Wurzeln der Saaten schädlichen Würmern handelt derselbe PLINIUS Lib. XVIII. cap. 44. nr. 2. Nascuntur et vermiculi in radice, cum sementem imbribus secutis incluserit repentinus calor humorem. Gignuntur et in grano, cum spicae pluviis calor infervescit. Es ist also nicht nöthig, statt *raucis* mit ALCIATUS Parergor. lib. VII. c. 5. *erucis* zu lesen. Man sehe BUDAEUS Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 168. lit. G. CUJACIUS Observat. Lib. XV. c. 28. BRODAEUS Lib. X. *Miscellan.* cap. 20. und besonders *Car. Andr.* DUKER de Latinitate ICtor. veter. pag. 399.

35) Unter *Herbae* wird hier alles Unkraut verstanden, welches die Saat erstickt. S. PLINIUS *H. N.* Lib. XVIII. cap. 44. nr. 2. et 3. Vol. III. pag. 262. der Zweibrückner Ausgabe, und VIRGILIUS *Georgic.* I. v. 150. sq.

36) Das Wort labes wird hier nicht in der oben Note 10. angeführten Bedeutung genommen, sondern bezeichnet hier ein Verderben der Früchte. BUDAEUS in Annotat. in Pand. ad h. L. fol. 169. lit. H. meint, es müsse *tabes* gelesen werden, weil PLINIUS in *H. N.* Lib. XVII. cap. 37. nr. 8., wo er von den Fehlern und Krankheiten der Bäume handelt, diesen Ausdruck braucht, wenn er sagt: Quaedam temporum causae aut locorum non proprie dicantur morbi, quoniam protinus necant: sicut *tabes*, cum invasit arborem, aut uredo. Allein schon Cujaz Observat. Lib. XV. c. 28. hielt

rit [37]), damnum coloni non esse, *ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur* [38]). Sed et si *uredo* fructum oleae corruperit, aut *solis fervore non adsueto* id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil *extra consuetudinem* acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* [39]).

diese Emendation für unnöthig. Das Wort *Labes* drückt hier, generisch genommen, jede Krankheit aus, wodurch Saaten und Pflanzen welken und verdorren, sie mag durch Frost (uredo), oder durch Sonnenhitze (rubigo) entstanden seyn; man nennt beides den Brand. So *Franc. de* Amaya Observat. iur. Lib. III. c. 3. nr. 10. Diese Erklärung wird auch durch Columella de Re Rust. Lib. III. cap. 20. et Lib. X. de cultu hortorum v. 342. (Inter *Scriptores Rei Rust.* Vol. II. pag. 147. et 409. der Zweibrück. Ausg.) bestärkt. Cujaz, dem auch Godefroi und Pothier in Pand. Iust. h. t. Nr. LI. not. o. folgen, erklärt das Wort Labes von einem Verderben der Früchte durch Wind und Regenwetter.

37) Das Wort *ferre* wird hier für auferre, wegnehmen, zerstören, gebraucht. Die *Basilica* T. II. pag. 421. haben: *ἐὰν ἀπ᾽ ὀλίσθου πάντες ἀρθῶσιν* (von *αἴρω*, auferro tollo) *οἱ καρποί* i. e. *si labe fructus omnes ablati fuerint.*

38) D. h. daß der Pächter nicht noch das Pachtgeld bezahlen dürfe, da er ohnehin schon Schaden genug dadurch leidet, daß er Aussaat und Bestellungskosten vergeblich aufgewendet hat.

39) *Fundo frui* i. e. fructus obtinere, fructus percipere.

§. 3. *ejusd. L.* Cum quidam *incendium fundi*[40]) allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: *Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.*

§. 5. *ejusd. L.* Cum quidam *de fructum exiguitate*[41]) quereretur, non esse rationem eius

40) Diese Stelle ist nicht, wie sie LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Supplem. ad Specim. CCXVII. med. 10. erklärt, von einem incendio villae zu verstehen, wodurch die bereits eingebrachten Früchte zu Grunde gegangen sind. Das Gegentheil lehrt der Ausdruck *fundus*, welcher in der Sprache der Römer nur von solchen Grundstücken gebraucht wird, welche natürliche Früchte hervorbringen, also nicht von Gebäuden, sondern von Ländereien. (S. §. 1028. S. 51.) Noch mehr beweisen dieß die nachfolgenden Worte: *Si praedium coluisti*, daß hier von einem solchen Brande die Rede ist, der die Saat oder die Früchte auf dem Halm ergriff, oder die Weinstöcke auf dem fundus vernichtete. Von einem solchen, den fundus selbst betroffenen Brande redet z. B. Paulus *L.* 30. §. 3. *D. ad Leg. Aquiliam*, auch Virgilius *Aeneid. Lib. II. v.* 304. In segetem veluti quum flamma furentibus austris incidit. Die von dieser Stelle gemachte Erklärung, mit welcher auch Westphal vom Kauf rc. §. 973. übereinstimmt, wird endlich auch noch besonders durch die *Basilica* Tom. II. pag. 421. bestärkt, wo es nach Fabrot heißt: *Εἰ δὲ καὶ ὁ γεωργηθεὶς ἀγρὸς ἄφνω καυθῇ, οὐ δίδοται τὸ μίσθωμα. Sed et si praedium excultum repente exustum fuerit, merces non praestatur.*

41) Diese *exiguitas fructuum* kann auf die Quantität, wie POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. LII. meint, oder auf die Qualität der Früchte gehen, wenn sie klein, gering, schlecht sind, oder sich auch auf den Preis derselben beziehen, wie *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II.

habendam, rescripto *Divi* ANTONINI continetur. Item alio rescripto ita continetur: *Novum rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.*

§. 7. Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, *non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata;* supra [42]) denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.

cap. 13. diese Worte erklärt. Genug — es ist hier von einer Geringfügigkeit der Früchte die Rede, welche nicht durch äussere und ungewöhnliche Zufälle entstand, sondern ex ipsa re herrührte, und daher zu keinem Erlasse des Pachtgeldes geeignet ist. S. Westphal §. 974. Dieß beweißt noch mehr das in dem andern Rescripte des Krs. Antoninus vorkommende Beispiel von der vetustas vinearum, wenn wegen Alters der Weinstöcke wenig Früchte gezogen worden sind. Die Ursache des Schadens war hier keine von aussen entstandene, sondern eine schon zur Zeit des geschlossenen Contracts vorhanden gewesene innere Ursache, welche, wie MENAGIUS Amoenitat. iur. civ. Cap. 9. bemerkt, vielleicht dadurch hätte gehoben wurden können, wenn der Pächter Absenker gemacht hätte. S. BYNKERSHOEK c. l. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

42) *Supra* heißt hier nicht soviel, als ultra, wie es HOTOMANUS Observat. lib. IV. cap. 21. erklärt, welcher daher ad colonum *non* pertinere lesen will. Zwar liest auch eben so Haloander, allein diese Erklärung ist eben so unrichtig, als die Emmendation unnütz. *Supra* heißt hier soviel als oben, und bezieht sich auf den §. 2. dieser Stelle, wo das Nämliche schon gesagt worden ist. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. Cap. 13. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 300.) und *Ger.* NOODT Comm. ad

L. 25. §. 6. *D. h. t.* CAJUS *lib.* 10. *ad Edictum provinc.* Vis major [43]), quam Graeci Θεοῦ βίαν, id est, *vim divinam* appellant, non debet conductori damnosa esse, *si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus:* alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, *qui ad pecuniam numeratam conduxit:* alioquin partiarius colonus, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

Soll also nach diesen Gesetzen ein Erlaß des Pachtgeldes Statt finden, so wird vorausgesetzt,

I. daß der Schade durch einen ungewöhnlichen Zufall geschehen sey, welchen abzuwenden nicht in der

Dig. h. t. §. *Summa* pag. 426. Die *Basilica* Tom. II. pag. 422. enthalten auch keine Negation. Man sehe noch Westphal §. 976. S. 743.

43) Zur Erläuterung kann hier folgende Stelle aus PLINIUS *Histor. Nat.* Lib. XVIII. Cap. 69. dienen: Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus. Unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae caeteraque similia intelliguntur: quae cum acciderit, *vis major* appellatur. Haec ab horridis sideribus exeunt, veluti Arcturo, Orione, Hoedis. Alia sunt illa, quae silente coelo serenisque noctibus, fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. Publica haec, et magna differentiae a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculam appellantibus, omnibus vero sterilitatem.

Macht des Pächters stand[44]). Der Anspruch auf Erlaß fällt also weg, wenn der Schade nicht von außen, sondern entweder von der natürlich schlechten Beschaffenheit der gepachteten Sache herrührte, (z. B. wenn die Bäume oder Weinstöcke wegen Alters wenig Früchte tragen), oder in einem immerwährenden Fehler des Grundstücks seinen Grund hatte, oder durch eine unzeitige Bestellung oder durch vernachläßigten Gebrauch der zur Abwendung des Schadens dienlichen Mittel, und überhaupt durch eigene Schuld des Pächters herbeigeführt wurde[45]). Dahin gehört es denn auch, wenn der Zufall nach der Lage des Grundstücks ein ganz gewöhnlicher ist, z. B. Ueberschwemmung der am Fluß liegenden Ländereien bei starkem Schnee oder bei Regengüssen[46]).

II. Daß der Unglücksfall die **Früchte** betroffen habe. Der Schade, den der Pächter an seinen eigenen Sachen leidet, z. B. durch Viehsterben oder feindliche Verheerung, gehört demnach nicht hieher[47]). Jedoch ist

44) *L.* 15. §. 2. *et* 3. *L.* 25. §. 6. *D. h. t. Cap.* 3. *X. de locato et cond.*

45) *L.* 15. §. 5. *L.* 25. §. 3. *D. h. t. Fr.* Amaya Observat. iur. Lib. III. cap. 3. nr. 22. et 23. Lopez Madera Animadvers. iur. civ. Cap. 16. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. et ad *Eundem* Emminghaus not. k. T. II. p. 477. Westphal §. 974. Hofacker Princip. iur. civ. T. III. §. 1990. not. a. und Riedesel *ab* Eisenbach cit. Diss. Cap. II. §. 14.

46) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 24.

47) *L.* 23. *D. de div. reg. iur. L.* 6. *Cod. de pign. act. L.* 12. *Cod. h. t.* Carpzov P. II. Const. 37. Def. 22. Riedesel *ab* Eisenbach cit. Diss. Cap. II. §. 22.

der Fall billig auszunehmen, wenn die Viehseuche so allgemein gewesen seyn sollte, daß der Pächter dadurch an der Bestellung und Nutzung der Pachtfelder schlechterdings gehindert worden wäre[48]).

III) Daß der Schade an den Früchten vor der Perception geschehen sey. Darauf deuten alle die oben angeführten Gesetze nach einer richtigen Erklärung derselben hin. Dieß lehrt auch schon die Natur des Pachtcontracts. Dieser verpflichtet den Verpächter blos, dafür zu stehen, daß der Pächter die Früchte ungehindert percipiren könne. Unter dieser Bedingung verspricht auch der Pächter das Pachtgeld zu bezahlen. Nun machen die Früchte, so lange sie von dem Grundstücke noch nicht abgesondert sind, einen Theil desselben aus[49]), woran der Pächter erst durch die Perception, d. h. durch Apprehension des Besitzes das Eigenthum erwirbt[50]). Ganz natürlich stehen also auch die Früchte der Pachtung vor der Perception nicht auf der Gefahr des Pächters, sondern der Verpächter muß als Eigenthümer den Schaden tragen. Damnum de-

48) S. *Aug.* de BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticor. ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. §. 8.

49) *L.* 44. *D. de rei vindicat.* *L.* 13. §. 10. *D. de act. emti et vend.*

50) §. 36. *I. de Rer. divis.* *L.* 13. *D. Quib. mod. Ususfr.* *L.* 78. *D. de Rei vindicat.* *L.* 26. §. 1. *et L.* 61. §. 8. *D. de furtis*, wo Afrikan sagt: Fructus, quam diu solo cohaereant, *fundi esse*, et ideo colonum, *quia voluntate domini eos percipere videatur*, *suos fructus facere.* S. von Savigny Recht des Besitzes. §. 22. a. S. 257. der 2. Aufl. und *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. VIII. cap. 27.

nl est, sagt Ulpian[51]); *oportere enim agrum prae-
re conductori, ut FRUI *possit.* Es ist daher ganz
Natur des zweiseitigen Contractes gemäß, daß, wenn
Pächter die Früchte, für deren Perception ihm der
pächter stehen muß, nicht erhält, derselbe auch das in
ksicht der Früchte versprochene Pachtgeld nicht zu be-
len schuldig sey[52]). Ein ganz anderes Rechtsverhält-
tritt nach erfolgter Perception ein. Der Ver-
ter hat nun seiner Seits den Contract erfüllt; für
r, als die Perception der Früchte, darf er dem Päch-
nicht haften. Der Pächter ist nun Eigenthümer der
chte; er muß also auch billig die Gefahr derselben
nehmen. Sollten die schon erhobenen Früchte noch
er auf der Gefahr des Verpächters stehen, so wäre
gerade eben so consequent, als wenn der Pächter
das Pachtgeld auch noch nach der Zahlung haften
te. So wenig also der Verpächter, wenn er das
von dem Pächter vorausbezahlte Pachtgeld durch
unabwendbaren Unglücksfall verliert, dem Pächter
egen die Früchte, wenn dieser sie noch nicht erhoben
vorenthalten kann, eben so wenig kann der Pächter,
er die Früchte contractsmäßig percipirt hat, Erlaß
Pachtgeldes verlangen, wenn ihm ein Unglücksfall
der Perception die Früchte geraubt haben sollte.

. 15. §. 2. *in fin. D. h. t.*

s ist also nicht nöthig, mit Westphal von Kauf §. 972.
Grund der Ansprüche des Pächters auf Erlaß des Pacht-
es, wegen zufälligen Verlusts der Früchte vor der Per-
ion, in einer besonderen Begünstigung des Pchäters
uchen. Man sehe vielmehr KRAFFT Diss. cit. §. 9. sqq.
§. 20. sqq.

So lehrten auch seit Cujaz[53]) fast alle sowohl theoretische[54]) als practische[55]) Rechtsgelehrten. Doch wollen Manche[56]) die Früchte nicht eher für percipirt halten, als wenn sie eingefahren und in die Scheune gebracht sind. So lange sie also noch auf dem Felde liegen, wenn sie auch schon von dem Grundstück abgesondert sind, habe der Pächter noch Anspruch auf Erlaß des Pachtgeldes, wenn die Früchte ohne seine Schuld verunglückt wären. Diese Mei-

53) Observat. Lib. XXVI. cap. 32.

54) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 24. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 88. *Sam. de* Cocceji iur. controv. Tom. II. h. t. Qu. 34. Boehmer Introd. in ius Dig. h. t. §. 16. Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Comment. in Pand. h. t. §. 16. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. P. II §. 195. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Subs. II. §. 6. Malblanc. Princip. iur. Rom. P. II. §. 559. Riedesel *ab* Eisenbach Diss. cit. §. 24. Krafft Diss. cit. Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem etc. §. 27. sqq. Albrecht cit. Diss. de mercedis remissione. §. 22. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1990. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. Band. §. 863. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 180. Not. 3. S. 140. (nach der 4. Aufl. Berlin 1810.). Bucher Recht der Forderungen §. 75. Ferd. Mackeldey Lehrbuch der Institutionen des heut. röm. Privatrechts. (Gießen 1814.) §. 558. u. a. m.

55) Gaill Obbservat. pract. Lib. II. Obs. 23. nr. 13. Stryk de cautelis contract. Sect. II. Cap. 9. §. 22. u. a. m.

56) *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 21. Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 17. *Alb.* Wesel Tr. de remissione mercedis. Cap. 6. Hahn ad *Wesenbec.* h. t. nr. 16. Brunnemann Comm. ad. L. 15. D. h. t.

nung hat sich durch ihre Billigkeit besonders in der Praxis empfohlen[57]). Offenbar gehen hingegen diejenigen zu weit, welche den Satz aufstellen, daß die Früchte erst, nachdem sie ausgedroschen und auf den Boden gebracht worden sind, auf des Pächters Gefahr verloren gingen[58]), ja daß auch dann der Verlust dem Pächter anders nicht zur Last falle, als wenn er nach der Perception noch so viel Zeit gehabt hat, als erfordert wird, um solche ins Geld zu setzen[59]). Man glaubt, die Gleichheit, welche nach

57) CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 20. nr. 8. WERNHER Select. Observ. for. Tom. II. P. VI. Obs. 414. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 95.

58) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. in Pand. h. t. nr. 130. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 23. not. 5.

59) *Dav.* MEVIUS Resolut. singular. quaestion. iuris in causa proprietarii et pensionarii Cap. I. nr 191. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Supplem. Spec. CCXVII. meditat. 9. sq. pag. 198. sqq. *Io Steph.* PÜTTER Praefat. ad RIEDESEL *ab* EISENBACH Diss. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in locat. cond. §. *Immo.* Carl Gottfr. von Winkler rechtliche Abhandl. von Kriegsschäden der Pächter u. Miethleute. 1. Abschn. 3. Hauptstück nr. 98. ff. S. 111. ff. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 20. sqq. Westphal vom Kauf rc. §. 977. Franz Joseph Bodmann theor. pract. Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind. §. 28. S. 171. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Meditat. 147. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 34. Not. m. pag. 478. sq. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. novissimi. Tom. II. §. 989. pag. 696. und Albrecht Schweppe röm. Privatrecht 2. B. §. 419.

der Billigkeit des Contracts zwischen dem Pachtgelde und dem Nutzen der gepachteten Sache in jedem Falle beobachtet werden müsse, so weit nicht durch Vertrag ein Anderes bestimmt worden sey, erlaube nicht, zwischen erhobenen und noch nicht erhobenen Früchten zu unterscheiden. Denn der Pächter entbehre in dem einen Falle so gut, wie in dem anderen, die Nutzung der Sache. Es streite also in beiden Fällen gleiche Billigkeit für ihn. Zwar müsse er allerdings, als Eigenthümer der erhobenen Früchte, den Zufall übernehmen, allein daraus folge nur so viel, daß er deshalb von Niemand Ersatz fordern könne, keinesweges aber sey daraus zu erweisen, daß er das Pachtgeld bezahlen müsse, wenn ohne seine Schuld die Früchte durch einen Unglücksfall verloren gegangen sind. Denn der Erlaß des Pachtgeldes müsse nach Vorschrift der Gesetze[60]) blos nach der Billigkeit beurtheilt werden. Indem nun der Pächter die Früchte percipirt, um durch ihre Versilberung sich sowohl den Pachtzins, als einen erlaubten Vortheil zu verschaffen, so werde man ökonomisch-juristisch die volle Perception billig darauf zu setzen haben, daß der Pächter auch soviel Zeit gehabt habe, um seine Früchte ausdreschen und mit einigem Vortheile verkaufen zu können, wozu ihm der Richter den Zeitraum bis zu Ende des Pachtjahrs und den Anfang des neuen gestatten und offen lassen müsse. Daß freilich der Verpächter nicht für die Gefahr der Früchte stehen dürfe, welche der Pächter entweder aus Wucher oder aus Nachlässigkeit von mehreren Jahren her aufgeschüttet und aufbewahrt hat, verstehe sich von selbst. Billig aber hafte er von

60) *L. 8. Cod. de locato.*

ner Erndte bis zur anderen. Allein angenommen, es trete ier ein conflictus zwischen dem strictum conventionis as und aequitas ein, von welcher Ansicht man hier usgeht [61]), so kann man doch diese Billigkeit, ohne die rößte Unbilligkeit und Ungerechtigkeit zu begehen, nicht so veit ausdehnen, daß nur der Pächter allein zum Nachtheile es Verpächters begünstiget werde, der gewiß den Pacht- ins, um dessen willen er sein Grundstück verpachtet hat, ben so ungern einbüßt, als der Pächter die Früchte, um eren wegen er gepachtet hat. Ist es denn nun nicht Billig- eit genug, daß die Früchte der Pachtung vor der Per- eption nicht auf der Gefahr des Pächters stehen, und ieser nur die Aussaat und Bestellungskosten verliert, wäh- end der Verpächter oft das ganze Pachtgeld entbehren nuß, wenn die Früchte durch einen ungewöhnlichen und nabwendlichen Zufall verunglücken? Ist es, wie West- hal [62]) behauptet, für eine besondere Begünstigung des Pächters zu halten, daß er in diesem Falle einen Erlaß es Pachts von dem Verpächter verlangen kann, wie äßt sich dann jene Ausdehnung mit dem Princip vereini- en, nach welchem ein singuläres Recht, welches von den Grundsätzen des strengen Rechts aus Gründen der Billig- eit abweicht, keine Ausdehnung zuläßt? Daß jene Mei- ung der Praxis nicht gemäß sey, haben schon Carp- ov [63]) und Wernher [64]) zu ihren Zeiten bemerkt. Wie venig sie aber auch der Theorie entspricht, lehrt noch die

1) S. *Ge. Lud.* Boehmer cit. Diss. Cap. I. §. 11.

2) Vom Kauf ꝛc. §. 972.

3) P. II. Constit. 37. Def. 20.

4) Select. Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 414.

L. 1. *Cod. h. t.*, wo der Kaiser Antoninus rescribirt: Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. Steht nun der Locator nicht für die Gefahr der in dem Magazin verwahrt gewesenen Sachen, so kann auch der Conductor deshalb keinen Erlaß des Miethzinses fordern. Denn das heißt eigentlich *vim praestare*, wie aus *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* erhellt. Er steht also auch nicht für die Gefahr, wenn die Früchte, die darin untergebracht worden sind, durch feindliche oder eine andere unwiderstehliche Gewalt verloren gegangen sind, und es ist ganz einerlei, der Locator mag derjenige selbst seyn, welcher das Grundstück, worauf die Früchte gebaut worden, oder derjenige, welcher die Scheune, worin die Früchte untergebracht wurden, verpachtet hat. Noch mehr aber wird jene Meinung durch die *L.* 78. *D. de Rei vindicat.* widerlegt, wo es heißt: *Perceptionem fructus* accipere debemus, *non si perfecti collecti*, sed etiam *coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint*: veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit. *Statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.* Zwar wendet man dagegen ein[65]), diese Stelle handle von keinem Pächter, sondern von einem bonae fidei possessor, der ein fremdes Grundstück besessen und benutzt hat, dasselbe aber zurückzugeben verurtheilt worden ist. Allein wie wenig die Eigenschaft des b. f. possessor hier in Anschlag zu bringen sey, erhellt aus *L.* 13. *D. Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*,

65) von Winkler Abhandlung von Kriegsschäden 1. Abschn. 3. Hauptst. Nr. 112. S. 114.

wo in Beziehung auf den Fructuar gesagt wird: *fructum percipi*, spica aut foeno caeso, aut uva ademta, aut excussa olea: *quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit.* Es bleibt also immer bei der Regel, daß die Perception vollendet sey, sobald die Früchte von der fruchttragenden Sache getrennt sind, die Erwerbung mag von einem bonae fidei possessor, oder von einem Pächter oder Fructuar geschehen. Der bonae fidei possessor hat nur darin vor jedem Andern, der sein Recht auf die Früchte einer fremden Sache von dem des Eigenthümers ableitet, ein vorzüglicheres Recht, daß er schon durch jede Absonderung, sie sey geschehen, wie und von wem sie wolle, ein prätorisches Eigenthum an den Früchten erwirbt, weshalb ihm auch sogar die condictio furtiva zusteht, wenn sie von einem Dritten diebischer Weise abgesondert seyn sollten, wogegen der Usufructuar, und der hierin mit demselben gleiche Rechte habende Pächter erst durch die ihrer Seits geschehenen Besitzergreifung das Eigenthum an den Früchten erwerben, welches also von denselben nicht erworben wird, wenn die Separation von einem Dritten wider deren Willen geschieht[66]. Hier kommt aber dieser Unterschied in keinen Betracht, da man selbst einräumt, daß die Gefahr auf den Pächter übergeht, sobald die Früchte in Rücksicht seiner für percipirt zu halten sind.

66) *L.* 48. *pr. D. de acquir. rer. domin. L.* 13. *in fin. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. L.* 12. §. 5. *D. de Usufr. L.* 25. §. 5. *D. de Usur.* § 36. *I. de rer. divis.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 590. S. 260. u. von Savigny Recht des Besitzes §. 22. a. S. 257. f.

IV. Der Schaden muß von Bedeutung seyn. Ist der Verlust an den Früchten mäßig, so muß ihn der Pächter tragen, und er kann deshalb keinen Erlaß am Pachtgelde fordern. Dagegen kommt ihm aber auch in einträglichen Jahren der — wenn gleich ausserordentliche Gewinn zu Gute, ohne deshalb ein erhöhtes Pachtgeld zahlen zu dürfen. *Modicum damnum*, sagt Cajus[67]), aequo animo ferre debet colonus, cui *immodicum*[68]) *lucrum* non aufertur, und Ulpian[69]) gibt das Beispiel, wenn vorüberziehende Truppen auf den Pachtfeldern aus Muthwillen einigen Schaden anrichten. Ein Anderes wäre freylich, wenn vorüberziehende Truppen dort Halt gemacht, oder auch im Vorüberziehen Schäden von Beträchtlichkeit angerichtet haben sollten. Es fragt sich aber, wann der Schaden für so erheblich zu halten sey, daß er einen Anspruch auf Erlaß des Pachtgeldes begründe? Cajus hat sich darüber nicht deutlich erklärt, sondern sagt blos: *Vis major* non debet conductori damnosa esse, si *plus quam tolerabile est*, laesi fuerint fructus. Die Meisten[70]) wollen daher die Größe des Scha-

67) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

68) Accursius erklärt dieses *immodicum* sehr sonderbar durch valde modicum, auf eben die Art, wie das Wort imprudentes in der *L.* 52. §. 3. *D. pro Socio* für valde prudentes. S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. pag. 425. in fin.

69) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle Bodmann's Erörterung der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen ꝛc. sind. 4. Abschn. §. 28. Not. c. S. 174.

70) *Io.* Brunnemann Comment. ad L. 25. D. h. t. nr. 16.

dens nach den Grundsätzen einer Verletzung über die Hälfte beurtheilt wissen, und nehmen die L. 2. Cod. de resc. vend. zu Hülfe. Sie stellen demnach das Princip auf: der Schade an den Früchten ist unerträglich, wenn aus den Nutzungen des erpachteten Guts, nach Abzug der Aussaat und der übrigen Bestellungskosten, nicht einmal die Hälfte des versprochenen Pachtgeldes hat erhoben werden können, oder wenn die aus dem Gute erhaltenen Früchte nach gedachtem Abzuge nicht einmal die Hälfte des dafür zu zahlenden Pachtgeldes betragen. Allein wenn gleich das Rechtsmittel aus der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* nach der richtigeren Meinung, die schon oben (S. 342.) weiter ausgeführt worden ist, allerdings auch beim Pachtcontracte Statt findet, so wird doch eine solche Läsion vorausgesetzt, welche aus dem Contracte selbst herrührt und in einem Irrthum bei Bestimmung des Pachtgeldes ihren Grund hat. Nimmermehr aber kann diesem Rechtsmittel, auch selbst beim Kaufcontracte nicht, bei dem es doch zunächst eingeführt worden ist, in dem Falle Statt gegeben werden, wenn die Läsion in einem blosen Zufall ihren Grund hat, der sich erst nach dem

Dav. Mevius Decision. P. IX. Decis. 116. nr. 5. *Ben.* Carpzov P. II. Const. 37. Def. 11. *Ant.* Faber Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 3. *Sam.* Stryk de Cautel. contractuum Sect. II. Cap. 9. §. 24. *Vinc.* Carocius Tr. de locatione et cond. P. III. de remiss. merced. §. 5. Riedesel *ab* Eisenbach cit. Commentat. Cap. II. §. 18. et 19. *Io. Steph.* Pütter in Praefat. ad hanc Commentat. §. *Interea* und David Ge. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 9. und Bed. 83. *Ge. Fr.* Albrecht Diss. cit. de mercedis remiss. §. 17.

geschlossenen Contract ereignet hat. Es ist daher hier, wo nicht von einer Uebertheuerung des Pachts, sondern bloß vom Erlaß der Pachtgelder wegen erlittener Unglücksfälle die Rede, an Aufhebung des Contracts aber gar kein Gedanke ist, schlechterdings unanwendbar[71]. Andere[72]) wollen dagegen vielmehr die Beurtheilung der Sache dem billigen Ermessen des Richters überlassen, welches überhaupt in allen nicht gesetzlich bestimmten Fällen eintritt[73]). Bei Berechnung dieses Schadens ist nun 1) auf den ganzen Ertrag, das ist auf den Nutzen zu sehen, welcher aus allen drei Feldern, dem Winter-, Sommer- und Brachfelde gezogen werden kann und in guten Jahren ordentlicher Weise gezogen wird. Dann muß 2) der erlittene Schaden, er mag nun nur das eine

71) S. Carl Gottfr. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute 1. Abschn. 3. Hptst. Nr. 16. bis 22. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de obligat. locator. ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 19. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1990. Not. b. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Th. §. 863.

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. *Ge.* FRANZKE Comm. ad Dig. h. t. nr. 103. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 130. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 87. Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter 1. Abschn. 3. Hptst. nr. 14. ff. S. 89. Franz Joseph Bodmann Erört. der Grundsätze, wornach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen. 3. Abschn. §. 10. *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. III. Cap. 13. pag. 110. sqq.

73) *L.* 78. *et* 79. *D. Pro Socio. L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod interest. L.* 13. §. 1. *D. de annuis legat.*

oder alle Felder zugleich betreffen, dagegen gehalten, und dieser 3) zu Geld angeschlagen werden, und zwar 4) nach dem gemeinen Werthe, den die Früchte in dem Jahre, wo der Mißwachs sich ereignete, gehabt haben [74]). Nach dieser Berechnung findet dann gänzlicher oder theilweiser Erlaß des Pachtgeldes, oder, wenn es schon bezahlt seyn sollte, gänzliche oder theilweise Zurückzahlung statt.

Der Anspruch auf Erlaß fällt jedoch weg 1) wenn bei einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung der Schaden des unglücklichen Jahres schon durch den reichlichen Ertrag der vorhergehenden Jahrgänge ersetzt worden ist, 2) wenn der Pächter die Unglücksfälle ausdrücklich übernommen hat oder solche 3) nach der Gewohnheit des Orts übernehmen muß. Sämmtliche Ausnahmen enthält die Verordnung des Kaisers Alexander *L.* 8. *Cod. de locato*, welche folgendermaßen lautet:

Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, ***si tamen expressum non est in locatione, aut*** [75]) ***mos regionis postulabat, ut, si qua lue tem-***

74) S. Wernher Select. Observat. for. T. I. P. V. Obs. 174. Joh. And. Christ. Michelsen's Anleitung zur juristischen, politischen u. ökonomischen Rechenkunst. 1. Th. 2. Abschn. §. 47. ff. S. 420. ff. und Carl Chassot de Florencourt Abhandlungen aus der jurist. u. politischen Rechenkunst. Kap. 7. S. 250. ff.

75) Die gemeine Leseart ist zwar: ut *mos regionis postulabat*; und Westphal von Kauf 2c. §. 972. S. 740. versteht dieß so, als ob bei den Römern die Uebernahme der Unglücksfälle durch Vertrag sehr gewöhnlich gewesen sey. Allein offenbar ist die Leseart unrichtig, wie schon *Rad.* For-

pestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent: et quae evenerunt sterilitates, ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur: rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam, qui ex appellatione cognoscet, sequetur.

Wofern also nicht mos regionis den Pächter zur Uebernehmung der Unglücksfälle verpflichtet, so steht nicht

NERIUS Rerum quotidianar. Lib. V. cap. 5. (*in Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 259. sq.) gezeigt hat, dem auch *Ger*, NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed et tum*. pag. 426. beistimmt, und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LIII. pag. 542. stellt, dieser Emendation zur Folge, den Satz auf: *Ut Colono merces remittatur, oportet, ut casus, per quem damnum contigit, non is fuerit, qui ex speciali pacto,* AUT *ex speciali regionis consuetudine colonum spectaret.* Die Nothwendigkeit dieser Emendation rechtfertigt sich 1) dadurch, daß es sonderbar zu seyn scheint, wenn mos religionis den Pächter zur Schließung eines Vertrags nöthigen sollte, um die Unglücksfälle zu übernehmen. 2) Wird sie durch die *Basilica* Lib. XX. Tit. I. Constit. 70. T. II. pag. 440. unterstützt, wo die Verordnung des Kaisers Alexander auf folgende Art lautet: *Ἡ διάταξις βούλεται τὴν ἀπὸ τοῦ ὀυρανοῦ γινομένην ἀφορίαν, μὴ τῷ μισθωτῷ κινδυνεύνεσθαι, ἀλλά τῷ δεσπότῃ. εἰ μὴ τὸ ἐναντίον συμπεφώνηται, ἢ τὸ ἔθος τοῦ πλίματος τοῦτο βούλεται* i. e. *Constitutio vult, sterilitatem, quae coeli vitio accidit, non esse periculo coloni, sed domini, nisi aliud actum sit,* VEL *mos regionis id postulet.* Hierzu kommt noch 3) das Zeugniß des HARMENOPULUS *Προχειρ. νομῶν* (*Promptuar. iuris*) Lib. III. Tit. 8. §. 6. pag. 266. (Edit. *Dionys.* GOTHOFREDI), wo die Worte dieser Constitution eben so lauten.

er, sondern der Verpächter für die Gefahr der Früchte, wenn Ersterer sie nicht ausdrücklich im Vertrage übernommen hat. Blose Vermuthungen können hier in keinen Betracht kommen. Es ist daher ganz unrichtig, wenn Einige[76]) behaupten wollen, der Pächter habe sich, der Vermuthung nach, des Rechts, Pachtremiß zu fordern, begeben, wenn er zur Zeit einer drohenden, z. B. feindlichen Gefahr, ohne Vorbehalt den Pachtcontract geschlossen hat. Allein schon Böhmer[77]) hat diese Meinung widerlegt. Hat übrigens der Pächter nicht eine bestimmte Art des Zufalls, sondern überhaupt alle Unglücksfälle übernommen, so bleibt es dabei; und es sind dann, wenn gleich Viele das Gegentheil behaupten, auch selbst die ungewöhnlichsten nicht auszunehmen[78]). Bei einer Pachtung, die auf mehrere Jahre eingegangen worden ist, hat nun also der Pächter seinen Schaden nicht blos nach dem Verluste des einen unglücklichen Jahres zu berechnen, er muß auch, wenn er deshalb einen Pachterlaß verlangt, nicht etwa schon durch die Fruchtbarkeit der früheren Jahre dafür entschädigt worden seyn. Denn der Verlust des einen Jahrs muß hier immer mit dem

76) *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. def. 30. Carocius Tr. de locat. P. IV. Qu. 18. nr. 3. et 12. Riedesel *ab* Eisenbach Comm. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis. Cap. II. §. 23.

77) Diss. cit. de obligat. locator. ob imped. rei loc. usum. Cap. I. §. 23. Man sehe auch Carl Bucher Recht der Forderungen §. 75. S. 149.

78) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* S. Boehmer c. l. *in Electis I. G.* T. I. pag. 290. und den 4. Th. dieses Commentars §. 327. S. 392. f. auch Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 176

Gewinne der übrigen Jahre aufgerechnet werden. Der Verpächter ist daher allerdings berechtigt, von dem Pächter zu verlangen, daß er ihm den Ertrag der frühern Jahre vorlege, um den Schaden oder Gewinn des Pächters von allen Jahren übersehen zu können [79]). Dem zu Folge kann sogar, wenn auch der Pächter wegen erlittenen Schadens Erlaß erhalten hätte, und hierauf die folgenden Pachtjahre besonders fruchtbar sind, der verwilligte Erlaß widerrufen, und der volle Betrag des Pachtgeldes von dem Jahre, wo Nachlaß gegeben worden war, noch nachgefordert werden, wenn sich auch schon der Verpächter bei dem Erlaß des Ausdrucks: Schenkung bedient hätte. Denn es kommt nicht auf die Worte, sondern auf die Absicht der Contrahenten an, welche immer der Natur des Contracts gemäß zu erklären ist. Nun war der Verpächter nicht gemeint, dem Pächter ein Geschenk zu machen, sondern nur seinen Verlust auszugleichen. Hätte jedoch der Verpächter dem Pächter wegen des letzteren unfruchtbaren Jahres Remiß gegeben, ohnerachtet er gewußt hat, daß die vorhergehenden Jahre fruchtbar gewesen waren, so kann er diesen nicht wieder zurücknehmen. Alles dieß bestätigt folgende Gesetzstelle:

L. 15. §. 4. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro IV. Responsorum* ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, *sed integram pensionem, etiam eius anni, quo remisit, exigendam.* Hoc idem et *in vectiga-*

79) S. Westphal vom Kauf rc. §. 975.

is damno[80]) respondit. Sed et si verbo *donationis* dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem

80) Die Worte: *in vectigalis damno* versteht POTHIER in Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. LIV. not. a. pag. 543. von einem damno, quod ob insolitam sterilitatem passus est *vectigalium publicorum conductor*. Auch Westphal §. 975. a. E. erklärt diese Worte von einer Zollpachtung. Diese Erklärung rechtfertigt sich auch vollkommen durch die Betrachtung, daß der Fruchtzoll eine der ergiebigsten Staatseinkünfte bei den Römern war, welcher gewöhnlich auf fünf Jahre verpachtet zu werden pflegte. CICERO *ad Attic. Lib. VI. Ep. 2. ad Famil. Lib. II. Ep.* 13. *L.* 3. §. 6. *D. de iure fisci. L.* 7. *Cod. h. t.* Solche Fruchtzollpächter werden von den Klassikern *Decumani* genannt, quia frugum fructuumque decumas conduxerant, exigendas ab aratoribus. CICERO *in Verrem.* Lib. II. cap. 13. et Lib. III. an mehreren Orten. Man sehe überhaupt *Pet.* BURMANNI Vectigalia populi Rom. (*Leidae* 1734. 4.) Cap. 3. 8. et 9. und *Did.* SCHACHER Diss. de re frumentaria (*Traj. ad Rhen.* 1709.) Cap. 5. Diese Pächter litten also ebenfalls, wenn der Mißwachs allgemein war, beträchtlichen Schaden. Merkwürdig ist jedoch die Erklärung des griechischen Scholiasten der Basiliken T. II. p. 457., wo es nach der Uebersetzung des Fabrotus heißt: PAPINIANUS *ait, non obesse domino remissionem, sed integram pensionem anni secundi ex ubertate annorum sequentium eum exigere posse; idque non modo de agris privatorum accipiendum est, sed et si civitas fundum locaverit, ob sterilitatem autem pensio remissa sit, et postea ubertas secuta sit, qua damnum ex sterilitate contingens non sensisse conductor videatur.* Vel finge: *Quidam vectigal locavit, puta portuum. Accidit autem, ut anno quodam naves non adnavigarent, saeviente per totum annum tempestate, aut piratis ea loca infestantibus, vel etiam hostibus imminentibus, ideoque*

erit dicendum, quasi non sit donatio, sed *transactio* [81]). Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, *etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

Mehrere Rechtsgelehrte [82]) wollen indessen einen Unterschied machen, ob bei einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung überhaupt und für alle Pachtjahre zusammen genommen ein gewisses Pachtgeld bedungen worden, oder ob für jedes Jahr ein besonderes Pachtgeld ausgemacht worden ist. In dem ersteren Falle, welcher bei

vectigal remitteretur conductori. Annis autem sequentibus numerosa navium multitudo appulit, qua priori inopiae subventum est: heic etiam compensatione facta ex lucro, quod sequentibus annis factum est, reliqua vectigalis persolvere compelletur. Man sehe über diese Stelle auch den 8. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 605. S. 417. Not. 45.

81) Accursius erklärt das Wort *Transactio*: quasi a petitione recessio. Der Pächter wolle nämlich vor der Hand von seiner Forderung abstehen, bis sich aus der Fruchtbarkeit der folgenden Jahre ergeben würde, ob dem Pächter wirklich ein Erlaß wegen des unfruchtbaren Jahrs gebühre. So erklärt auch der Scholiast der Basiliken Tom. II. pag. 458. diesen Ausdruck. Man sehe auch *Ant.* Faber Rational. in h. l.

82) *Ant.* Faber Rational. in L. 15. §. 4. D. h. t. Carpzov P. II. Const. 27. Def. 13. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 24. Riedesel *ad* Eisenbach Comm. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in loc. cond. ob calam bell. Cap. II. §. 21. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Miethsleute. 1. Abschn. 3. Hptst. nr. 125 ff. S. 118. ff. Kind Quaest. for. Tom. III. Cap. 13. pag. 112

Römern der gewöhnliche gewesen[83]), sey es ausser
eifel, daß der in dem einen Jahre erlittene Schaden
der Fruchtbarkeit und dem Gewinne der übrigen sich
jebe. Denn wenn auf die ganze Pachtzeit nur ein Pacht-
versprochen worden, so sey auch nur ein Pacht, und
r ein untheilbarer Pacht vorhanden, Daher könne
ı auch hier ordentlicher Weise kein Erlaß eher, als
ı Endigung des Pachts, gesucht, und, auch nur dann
angt werden, wenn der erlittene Schaden nicht durch
Vortheile aufgewogen wird, welche in der Zeit gewon-
sind, nach deren Endigung das Pachtgeld zu bezahlen
In dem letzteren Falle hingegen, wenn für jedes Jahr
besonderer Pachtzins bestimmt worden ist, sey jedes
htjahr als ein besonderer Pacht anzusehen, und der
ıaden des einen Jahres auf den Gewinn des anderen
t abzurechnen, weil hier der Pächter die Früchte eines
n Jahres besonders durch einen festgesetzten Zins an
gehandelt habe. Dieß letztere soll heut zu Tage der
öhnliche Fall seyn. Allein wenn dieß nicht durch be-
ıere Landesgesetze oder durch Vertrag ausdrücklich be-
mt worden ist, so ist nach der Billigkeit des gemeinen
hts zu sprechen, welchem dieser Unterschied nicht gemäß

Ein solcher Pacht ward bei Landgütern gemeiniglich auf
Jahre eingegangen. *L.* 4. §. 1. *D. de reb. credit. L.* 7.
. 8. *et L.* 25. §. *ult. D. Sol. matr. L.* 16. *D. de libe-
it. legata. L.* 89. *D. de verb. obligat. L.* 49. *D. de act.
nti et vend. L.* 9. §. 1. *et L.* 13. §. 11. *L.* 24. §. 2. *et
D. h. t.* Plinius *Lib. VIII. Ep.* 36. *et Lib. IX. Ep.* 13.
uid. Pancirolus Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. ult.
ıd *B.* Brissonius de Formul. Lib. II. c. 70. Man sehe
ıch oben S. 387. Not. 98.

in der Regel nach Ablauf eines jeden Jahres bezahlt[91]. Sollte jedoch der Miether oder Pächter vor der Zeit abziehen, ohne dazu eine gerechte Ursache zu haben, so muß er früher, und zwar gleich bei seinem Abzuge Zahlung leisten[92]). II. Bei der Location der Dienste kann auch der Lohn in der Regel erst nach vollendeter Arbeit gefordert werden; es müßten denn die Dienste auf mehrere Jahre gemiethet worden seyn, in welchem Falle der Lohn am Ende eines jeden Jahres gefordert werden kann[93]). Ist aber von der Verdingung eines ganzen Werkes die Rede, so kommt es darauf an, ob über Bausch und Bogen contrahirt, oder auf Tage oder sonstige Abschnitte der Zeit und Arbeit gedungen worden ist. In dem ersteren Falle kann der Werkmeister seine Bezahlung erst nach Fertigung der ganzen Arbeit fordern, in dem letzteren Falle aber am Ende eines solchen Abschnitts[94]). Doch kann auch in dem ersteren Falle zuweilen theilweise Zahlung verlangt werden, wenn das Werk seiner Größe wegen lange Zeit zu seiner Vollendung erfordert, und die

91) S. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1991.

92) *L.* 24. §. 2. *D. h. t.* S. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 37. not. r. pag. 479. Westphal §. 996.

93) Arg. *L.* 29. *et* 140. *D. de Verb. Obligat.* S. Hofacker c. l. §. 1991.

94) *L.* 5. §. 1. *D. de Verb. signif. L.* 30. §. 3. *D. Locati. Rudolph.* Fornerius Rer. Quotidian. Lib. IV. Cap. 21. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 246.) *Sam. Frid.* Willenberg Ex. de opere conducto §. 13. s. Westphal vom Kauf 2c. §. 998.

Armuth des Arbeiters nicht erlaubt, das Werk ohne einigen Vorschuß zu Stande zu bringen[95]). Wird der Lohn ganz voraus bezahlt, so kann der Locator mit Recht von dem Conductor wegen der Vollendung des Werks Caution verlangen[96]). Wenn hingegen in allen diesen Fällen mit der Bezahlung des Lohns oder Pachtgeldes gesäumt wird, so kann der Vermiether oder Verpächter auch Verzugszinsen fordern[97]).

§. 1058.

Fälle, wo der Conductor die Miethe oder den Pacht vor der Zeit verlassen kann.

Es ist zwar dem Conductor in der Regel nicht erlaubt, den Contract vor der Zeit aufzukündigen und die ihm vermiethete Sache zu verlassen. Noch weniger kann ihm daher dieß zur Ausflucht dienen, um sich seiner Verbindlichkeit zur Bezahlung des versprochenen Miethzinses zu entziehen, daß er vor Ablauf der Miethzeit ausgezogen sey[98]). Ausnahmsweise kann indessen dieß

95) Brummer Exercit. de locatione et conduct. Cap. IV. §. 4. in *Opusc.* pag. 427. und *Car. Aug.* Haase Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. II. §. 1.

96) *L.* 58. §. 2. *D. h. t.* *L.* 40. §. 5. *D. condit. et demonstrat.* *L.* 19. *D. de legat. III.* Fornerius cit. loco.

97) *L.* 54. *pr. D. h. t.* *L.* 2. *L.* 17. *Cod. eodem.* *L.* 32. §. 2. *D. de Usuris.* Brummer cit. l. und Haase c. l. Westphal. §. 1000.

98) *L.* 55. §. 2. *D. h. t.* *Io. Bern.* Friese Pr. de locatore et conductore a contractu recedente. *Ienae* 1720. *Mich.* Kuhlenkamp Diss. de resignatione locationis conduct. tempore nondum elapso. *Altd.* 1702.

Krankheit[8]). Gesetzt auch das befürchtete Uebel sey nachher nicht eingetroffen, so ist dennoch der abgegangene Conductor entschuldigt. Denn er konnte nach den damaligen Aussichten diese Befreiung nicht vermuthen. Genug, wenn er nach vernünftiger Wahrscheinlichkeit handelte[9]). War hingegen keine solche Wahrscheinlichkeit vorhanden, so muß dann freilich der Conductor für seine Uebereilung büßen[10]). Ob auch Furcht vor Gespenstern hieher zu rechnen sey, ist eine Frage, welche die älteren Rechtsgelehrten[11]) zwar einstimmig bejahen, die

Feinde als Feinde betragen, sie mögen barbarische oder disciplinirte Truppen seyn. Das Gesetz kennt wenigstens diese Einschränkung nicht.

8) Westenberg Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 35. et 36. Eben so ist der Pächter einer Wiese aus Furcht vor der sich nähernden Viehseuche den Pacht zu verlassen befugt. Leyser Medit. ad Pand. c. l. und F. W. Beurhaus Erörterung der Frage, ob ein Waidepächter wegen Furcht vor dem sich nähernden Viehsterben von dem geschlossenen Contract abzugehen befugt sey? Dortmund 1752.

9) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* Hofacker Diss. ad Fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt. *Tubingae* 1775. pag. 58.

10) *L.* 6. *et L.* 9. *D. Quod metus causa. L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. Ex. quib. caus. major. L.* 184. *D. de div. reg. iuris.* S. *Mich God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 40. und Westphal a. a. O. §. 1002. S. 760.

11) Stryk Diss. de iure spectrorum §. 26. Brunner Cit. Exercit. Cap. V. §. 3. pag. 437. und besonders *Car. Frid.* Romanus Diss. de rescissione contractus locati conducti ob metum spectrorum. *Lipsiae* 1703. et rec. *Halae* 1737. Man sehe außerdem Wissenbach ad Pand. Exerc. XXXVII.

nern aber seit Christ. Thomasius [12]) verneinen. Offenbar ist hier der ganze Streit unnütz, worüber gleichwohl in den angeführten Schriften der Rechtsgelehrten viele Seiten angefüllt sind, nämlich ob solche Geistererscheinungen, welche man Gespenster [13]) nennt, und wodurch die Bewohner eines Hauses zur Nachtzeit beunruhigt werden sollen, möglich sind, oder nicht. Ihre innere Möglichkeit oder Unmöglichkeit läßt sich aus keinem Grunde a priori entscheiden und durch kein philosophisches Raisonnement verwerfen oder beweisen [14]). Die Wirklichkeit eines jeden solchen angeblichen Ereignisses ist aber in den Augen des vernünftigen Richters immer

Th. 18. Covarruvias a Layva Variar. Resolut. Lib. IV. c. 6. *Dion.* Gothofredus Not. ad L. 27. §. 1. D. h. t. Gomez Resolut. Lib. II. Res. 3. nr. 3. Huber Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 25. §. 11.

12) Diss. de non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum. *Halae* 1711. Man sehe auch Thomasius Rechtshändel Th. 1. Nr. 13. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen röm.-deutsch. Privatrechts 2. Th. 2. Abtheil. §. 1283. a. E. und Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 559. pag. 491.

13) Diese Gespenster kommen bei den Griechen und Römern, in deren Schriften mehrere Geschichten von solchen Geistererscheinungen erzählt werden, unter denen besonders die bei Plinius Lib. VII. Ep. 27. zur Erläuterung der gegenwärtigen Frage dienen können, unter mancherlei Namen vor. Democrit nennt sie εἰδωλα, Cicero imagines, spectra, Quinctilian figurae, Lucretius simulacra, Plinius und Plutarch phantasmata.

14) S. Moritz und Pockels Magazin zur Erfahrungsseelenkunde. 6. Band. S. 44. ff.

als eine res facti anzusehen, worüber sich nur durch Prüfung der davon vorliegenden Zeugnisse entscheiden läßt. Sind diese so beschaffen, daß an dem Beweise selbst juristisch nichts ausgesetzt werden kann, so muß der Richter für den Conductor sprechen, welcher diese Einrede vorgeschützt hat, er mag übrigens für seine Person glauben, was er will[15]). Zuweilen kann auch der Schrecken über einen in dem Hause von einem der Bewohner in der Nähe des Miethmanns verübten blutigen Selbstmord eine gerechte Ursache zum Abzuge vor der Zeit geben, wenn der Conductor beweisen kann, daß seine oder der Seinigen Gesundheit in Gefahr kommen würde, wenn er in der Wohnung länger bleiben müßte[16]). Endlich 5) wenn der Conductor wegen Menge von unvertilgbarem Ungeziefer, als Wanzen, Ratten und Mäusen in der Miethe nicht bleiben kann, und der Vermiether diesen Fehler der Wohnung verschwiegen hat[17]).

§. 1059.

Ordnungsmäßiger Gebrauch der Sache. In wiefern haftet der Conductor für zufälligen Schaden? Contractus Socidae.

Der Conductor ist II. verpflichtet, die gemiethete oder gepachtete Sache ordnungsmäßig und wirthschaftlich

15) Eben so urtheilt auch D. Lud. Fried. Griesinger im Commentar über das Würtemberg. Landrecht. 4. Bd. §. 233. S. 982.

16) S. *Ge. Steph.* Wiesand Opuscula iurid. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. VI. Obs. 4. pag. 72. sqq.

17) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 332. nr 1. pag. 177. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Nr. LXXXIV. S. 284.

ebrauchen." Der Pächter eines Landguts muß daher
s, was auf Hof und Feld zur ordentlichen Bewirth-
tung gehört, zur rechten Zeit bestellen, und im Stande
lten, damit es nicht durch ordnungswidrigen Gebrauch
unzeitige Cultur verdorben werde [18]). Er muß ferner auf
Bewahrung der Sache die gehörige Sorgfalt verwen
damit sie nicht entwendet oder beschädigt werde [19]);
igenfalls haftet er nicht nur für den Schaden, den
elbst mit Vorsatz oder durch seine Nachlässigkeit oder
orsichtigkeit zugefügt hat [20]), sondern auch für den, wel-
Andere verursacht haben; es sey nun, daß er entwe-
die Sache sublocirt, und in Rücksicht der Wahl des
conductors etwas verschuldet, oder sonst Leute in sei-
Dienst oder als Gäste aufgenommen hat, welche er
hätte aufnehmen sollen, und der Eigenthümer braucht
in solchen Fällen nicht mit der Cession der Klage zu
ügen, die dem Conductor gegen denjenigen zusteht,
her den Schaden gethan hat, sondern er kann den
ductor selbst belangen [21]).

L. 11. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edi-*
n. Videamus, an et servorum culpam, et quos-
que induxerit, praestare conductor debeat? et

L. 25. §. 3. *D. h. t.* Conductor curare debet, ut opera
tica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cul-
a deteriorem fundum faceret. Praeterea villarum cu-
n agere debet, ut eas incorruptas habeat. VOET Com-
nt. h. t. §. 30.

§. 5. *I. h. t.* *L.* 11. §. 2. *D. eodem.* *L.* 28. *Cod.*
lem.

L. 12. § 1. *L.* 25. §. 5. *et* 8. *L.* 43. *L.* 57. *D. h. t.*

Westphal vom Kauf-, Pacht- und Miethcontract §. 985.

quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur? et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? *Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit: si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit, vel suos, vel hospites;* et ita POMPONIUS libro sexagesimo tertio ad Edictum probat.

Auch wenn der Schade von außen durch die Bosheit eines Dritten geschehen ist, so haftet der Conductor, wenn er durch seine Feindseligkeiten gegen diesen Veranlassung dazu gegeben hat[22]). Gebäude, die er in gutem Stande erhalten hat, darf er nicht einreissen, sonst muß er sie auf seine Kosten wieder herstellen[23]). Für die Gefahr der gemietheten Sache steht hingegen der Conductor nicht, wofern er nicht durch Vertrag die Gefahr übernommen hat. Außerdem treffen die Unglücksfälle den Locator als Eigenthümer. Dieser ist jedoch, außer der Erlassung oder Zurückgabe des Miethgeldes, dem Conductor zu weiter nichts verbunden.

L. 9. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* JULIANUS libro XV. Digestorum dicit: Si quis fundum locaverit, *ut etiam, si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur*, pacto standum esse.

22) *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* S. Westphal §. 994. und *Io. Lud. Ern.* PÜTTMANN Selecta e iure vario Capita. *Lipsiae* 1790. Cap. V.

23) *L.* 29. *Cod. h. t.*

L. 9. §. 3. *eod.* Si colonis praediorum lege locationis, *ut innocentem ignem habeant*, denunciatum sit, siquidem fortuitus casus incendii causam intulerit, *non praestabit periculum locator*[24]). Si

24) So lies't die florentinische Ausgabe, allein ohne allen Sinn. Denn hier ist ja nicht davon die Rede, was der Locator, sondern was der Conductor zu leisten hat. Richtiger scheint daher die Leseart des Accursius zu seyn: *non praestabitur periculum locatori*, welche eben so unser Codex Pand. Erlang. und BAUDOZA CESTIUS haben. Dieser Leseart geben auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Actio locati* pag. 427. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXIII. not. e. und Westphal vom Kauf ꝛc. §. 932. den Vorzug. Andere wollen jedoch die florentinische Leseart beibehalten, und meinen, daß unter dem Worte *locator* der colonus zu verstehen sey. Denn es sey in unseren Gesetzen gar nichts Seltenes, daß die Worte locator und conductor, so wie Locatio und Conductio mit einander verwechselt würden. So *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iur. civ. Cap. 12. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 298. sq.) und *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 480. Diese Erklärung hat auch sowohl die Auctorität der Basiliken T. II. pag. 417., wo das Wort: ὁ μισθωτός, conductor, gebraucht wird, als des HARMENOPULUS *Promptuar iuris* T. III. Tit. 8. nr. 14. für sich. Offenbar falsch aber ist es, wenn *Io.* STECK in Vindicat. LL. anticritic. cap. 12. (*Thes. Otton.* T. I. pag. 522.) das Gesetz so erklärt, als wenn es die Verabredung so mit sich brächte, daß der Conductor alsdann für die Gefahr stehen müsse, wenn es in dem Contracte zur Bedingung gemacht worden, daß er sich mit dem Feuer in Acht nehmen möchte. Man vergleiche dagegen *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* und *Iac.* GOTHOFREDUS a. a. O.

vero culpa locatoris[25]), quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.

L. 9. §. 4. *D. eod.* Imperator ANTONINUS cum Patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: *Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse, probari potest, iudicio locati casum praestare non cogeris; atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas recuperabis.*

Stillschweigend übernimmt der Conductor die Gefahr, 1) wenn er die Sache unversehrt zurückzuliefern versprochen hat, und haftet dann auch für die Schuld seiner Domestiken[26]).

L. 30. §. 4. *D. h. t.* ALFENUS *libro* 3. *Digestorum a Paulo epitomatorum.* Colonus villam hac lege acceperat, *ut incorruptam redderet, praeter vim et vetustatem;* coloni servus villam incendit, non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit, nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

Außerdem haftet der Conductor nicht für die Nachlässigkeit der Seinigen und besonders seines Gesindes, er müßte es denn entweder erweislich an genugsa-

25) Daß man statt *locatoris* vielmehr conductoris lesen müsse, behauptete auch schon Accursius. NOODT c. l., pag. 427. glaubt dagegen, daß man das Wort *locatoris* ganz wegstreichen, und statt *tenebitur* vielmehr *tenebuntur* lesen müsse.

26) Westphal vom Kauf rc. §. 1012. S. 767. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXVII. medit. 1.

mer Aufsicht haben ermangeln lassen, oder ihm eine Schuld in der Wahl seiner Domestiken oder darin eine Nachläßigkeit zur Last fallen, daß er das Gesinde, von dessen Ruchlosigkeit im Umgehen mit Feuer und Licht er genugsame Wissenschaft gehabt, nicht zu entfernen gesucht hat[27]). Behauptet der Conductor, die gemiethete Sache sey durch einen Zufall, der ihm nicht zu verantworten obliegt, zu Grunde gegangen, so kommt es ihm, als Beklagten, zu, diese Einrede zu beweisen[28]). 2) Wenn sich der Conductor zur Zurückgabe der Sache in derselben Gattung verpflichtet hat, welches die Gesetze *in creditum ire* nennen, von den Juristen aber jetzt **locatio conductio irregularis** genannt wird. Ein Beispiel gibt Alfenus in der oben erklärten *L.* 31. *D. h. t.* 3) Wenn dem Conductor die vermiethete Sache mit hinzugefügter Schätzung übergeben worden ist. Der Pächter wird hier als Käufer angesehen, und ist folglich, gleich dem Ehemann, welchem das Heirathsgut der Frau käuflich angeschlagen worden ist, bloß Schuld-

27) *L.* 11. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 27. *D. ad L. Aquil. L.* 3. *pr. D. de publican. L.* 11. *pr. D. h. t.* Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 179. *de* Cramer Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1247. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 43. et Emminghaus ad *Eundem* c. l. not. k. Tom. II. pag. 486. von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIV. S. 203. (zweite Aufl. Rostock u. Leipzig 1787.)

28) *L.* 5. *Cod. de pignerat. act.* Leyser c. l. medit. 2. et 3. Quistorp in den angef. Beiträgen Nr. XIV. S. 202. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abschn. VI. Nr. 21. S. 248. ff.

ner des Werths[29]). Die Schätzung bringt auch natürlich die Gefahr auf den Pächter. Als Eigenthümer kann er aber auch die Sache in eigenem Namen veräußern. Ist sie jedoch bei Endigung des Pachts noch in Natur vorhanden, so kann sie zwar an Zahlungs-Statt zurückgegeben werden, allein da nun der bisher creditirte Anschlag als Kaufpreis abgetragen werden muß, so muß die noch vorhandene Sache von Neuem angeschlagen, und kann nur in diesem neuen Anschlage dem Verpächter angerechnet werden[30]). Dagegen ist der Verpächter die Sache in dem alten Anschlage zurückzufordern eben so wenig berechtigt, als er verbunden ist, es in demselben zurückzunehmen, wenn nicht ein Anderes ausgemacht worden ist[31]).

L. 3. *D. h. t.* POMPONIUS *libro* 9. *ad Sabinum.* Cum fundus locetur, et ***aestimatum*** instrumentum colonus accipiat, PROCULUS ait, id agi, ***ut instrumentum emtum habeat colonus***; sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

L. 54. §. 2. *D. eodem.* PAULUS *libro* 5. *Responsorum.* PAULUS respondit, servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit, et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.

29) *L.* 5. *L.* 10. *Cod. de iure dot. Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 51. D. Sol. matr. §. 4. pag. 523. sqq.

30) S. Heinr. Ernst Ferd. Boley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800.) S. 203. ff.

31) Arg. *L.* 18. *D. de iure dot. L.* 21. *Cod. eodem.* FINESTRES c. l. §. 11. pag. 527.

L. 5. §. 3. *D. Commodati.* ULPIANUS *libro* 28. *ad Edictum.* Et si forte res *aestimata* data sit, *omne periculum* praestandum ab eo, qui *aestimationem se praestaturum recepit.*

L. 1. §. 1. *D. de Aestimatoria.* Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit.

L. 9. *Cod. de rescind. vend.* DIOCLETIAN *et* MAXIMIAN *AA. Domitio.* Pretii causa, non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus.

Der Fall ist besonders bei den Verpachtungen ganzer Landgüter gewöhnlich, daß dem Pächter zugleich das Wirthschafts-Inventarium, bestehend in Vieh und Ackergeräthen, insgemein Schiff und Geschirr genannt, gegen eine gewisse Pachtvergeltung zur Benutzung dergestalt überlassen wird, daß der Pächter Alles mit einer gewissen Taxe übernimmt. Dieß ist es, was das römische Recht *instrumentum aestimatum* nennt[32]). Der Zweck einer solchen Ueberlassung nach der Taxe kann nun entweder blos der seyn, damit man im Stande sey, zu beurtheilen, ob die bei Endigung des Pachts zurückgegebenen Stücke den bei Antritt des Pachtes in Empfang genommenen der Güte nach gleich sind, oder nicht; oder die Absicht der Contrahenten geht dahin, das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich zu überlassen. In dem ersteren Falle sagt man, die Aestimation sey blos *taxationis*

32) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Tob.* RICHTER Diss. de aestimatione instrumenti seu inventarii in praediis oeconomicis locandis. *Lipsiae* 1774.

causa geschehen, und in diesem Falle besteht die Verbindlichkeit des Pächters blos darin, eben so viel Inventarien-Stücke von jeder Sorte, als er bei Antritt des Pachtes erhielt, in derselben Qualität bei Endigung des Pachtes zurückzuliefern. Der Verpächter ist und bleibt hier Eigenthümer des Inventariums, und kann das wirklich Vorhandene immer noch als Zubehör des verpachteten Landgutes betrachten und in dieser Eigenschaft als sein Eigenthum in Anspruch nehmen[33]). Der Pächter muß daher das Guts-Inventarium in dem Stande, wie er es bekommen hat, erhalten, und, einem Usufructuar gleich, an die Stelle der verdorbenen oder abgenutzten Stücke, so wie an die Stelle der gefallenen oder verkauften oder geschlachteten einzelnen Stücke Vieh wieder andere Stücke von gleicher Güte anschaffen; keineswegs aber ist er berechtigt, dem Verpächter an die Stelle der Sachen deren Werth aufzudringen. Von den einzelnen Stücken, die der Pächter durch andere ersetzt, wird zwar derselbe Eigenthümer, und trägt auch die Gefahr der einzelnen, allein für die Gefahr des ganzen Inventariums steht der Pächter nicht; diese trifft den Verpächter, welcher Eigenthümer bleibt[34]). Ganz anders verhält sich die Sache in dem

33) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 889. Not. **) S. 944. Dem Verpächter steht daher auch bei einem über des Pächters Vermögen entstandenen Gantprozesse in Ansehung der noch vorhandenen Inventarienstücke das Recht der Absonderung zu. S. Christ. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 47. S. 128. (Stuttgart u. Tübing. 1813.)

34) Carpzov P. II. Const. 37. Def. 18. u. Hommel Rhapsod. Quaestion. in foro quotid. obvenient. Vol. III. Obs. 432.

zweiten Falle, wenn das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich überlassen, und dabei ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß dieser nach Endigung des Pachts dasselbe entweder in der nämlichen Quantität und Qualität, wie er es empfing, oder den Werth desselben, so wie er gleich Anfangs angeschlagen worden, ersetze. Hier sagt man, die Aestimation sey *venditionis causa* geschehen. Der Pächter wird hier wirklicher Eigenthümer der übergebenen Inventarien-Stücke; er kann mithin darüber nach Gefallen disponiren, er muß aber auch für allen und jeden, selbst zufälligen Schaden haften. Denn er ist hier ein Schuldner der Quantität. Wenn daher auch das ganze Inventarium zu Grunde gehen sollte, so bekümmert sich der Verpächter darum nichts, sondern er kann dennoch den taxirten Werth fordern. Denn die Inventarien-Stücke haben hierdurch gleichsam eine eiserne Natur erhalten, und gehen nie dem Verpächter zu Grunde, sondern der Pächter trägt hier die Gefahr des ganzen Inventariums. Man nennt daher das zum Inventarium gehörige Vieh in diesem Falle eisern Vieh, Stammvieh, und sagt im Sprüchwort: eisern Vieh stirbt nicht. Die Rechtsgelehrten pflegen diesen Vertrag *Contractus Socidae* zu nennen, und halten ihn für ein aus dem Pacht- und Kauf-Contracte zusammengesetztes Geschäft[35]). Allein ursprünglich ist der *Contractus So-*

35) Heineccius Elem. iur. Germ. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. §. 405. Eisenhart Instit. iur. Germ. priv. Lib. III. Tit. 9. §. 3. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1992. Malblanc Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 559. not. kk. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 201. Münter Weiderecht §. 307.

cidae eigentlich ein Gesellschafts-Contract (denn *Socida* heißt im Italienischen soviel, als Societas), da eine gewisse Anzahl Vieh von dem Eigenthümer desselben einem Hirten zur Wartung und Weide gegen einen verhältnißmäßigen Antheil an den Jungen überlassen wird, von welchem Vertrage in der *L.* 8. *Cod. de pactis* ein Beispiel vorkommt[36]). Andere[37]) verstehen unter dem gedachten Contract ein aus dem Pacht- und Societäts-Contracte zusammengesetztes Geschäft, wodurch die Wartung und Benutzung einer gewissen Anzahl Viehes von dem Eigenthümer desselben an Jemanden mit der Bedingung überlassen wird, daß dieser eine verabredete Pachtvergeltung dafür entrichte und zugleich für allen, auch zufälligen Schaden hafte. Manche[38]) nehmen auch den *Contractus Socidae* im weiteren Sinne für eine locatio s. colonia partiaria, von welcher oben (S. 333.) gehandelt worden ist.

Es mag nun übrigens die Schätzung des Guts-Inventariums *taxationis* oder *venditionis* gratia geschehen seyn[39]), so muß dasselbe, wenn die Inventarien-Stücke

36) *Io. Ott.* TABOR Tr. de iure Socidae. *Arg.* 1646. *Burck. Henr.* TILEMANN Diss. de contractu socidae, quo vulgo eiserne Schaafe oder Kühe constitui dicuntur. *Ienae* 1672. *Christ. Aug.* BERTRAM Diss. Epist. de contractu socidae. *Halae* 1774.

37) Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts. §. 201.

38) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXI. §. 9. und Schweppe röm. Privatrecht 2. Band. §. 433.

39) Wenn gleich nach dem röm. Rechte die Aestimation als venditionis causa geschehen zu betrachten ist, so wird sie

in Natur zurückgegeben werden, bei Endigung des Pachts eben so, wie beim Antritt desselben, taxirt werden, um zu sehen, ob die Stücke, welche der abgehende Pächter zurückgibt, der Qualität nach denjenigen gleich sind, welche er beim Antritt des Pachts bekam, oder nicht. Da jedoch zwei einander vollkommen gleiche Stücke Vieh zu zwei verschiedenen Zeiten unterschieden taxirt werden können, je nachdem nämlich der Preis gestiegen oder gefallen ist, so müssen die beiden Taxen, ehe man sie mit einander vergleichen kann, zuvörderst nach dem Verhältniß der inzwischen gestiegenen oder gefallenen Preise auf einander reducirt werden. Dieß erfordern nicht nur die Regeln der Arithmetik, sondern es bringt dieß auch schon die Natur der Sache mit sich, weil ausserdem die Invention der Contrahenten, nämlich die Zurückgabe des Inventariums in quali et quanto, nicht erreicht werden könnte, nicht zu gedenken, daß ohne jene Berücksichtigung sich ein Theil mit des andern Schaden unbilliger Weise bereichern würde. Es tritt hier das nämliche Rechtsverhältniß, wie beim Darlehen, ein, wenn sich der Werth der zum Anlehen empfangenen Münzen inzwischen verändert hat. So wenig der Schuldner, welcher den Louisd'or in dem Werthe

doch heut zu Tage im Zweifel blos als taxationis causa geschehen angenommen. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 9. Leyser ius Georgic. Lib. II. Cap. 14. nr. 47. pag. 327. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 432. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen u. förml. Abfassung rechtl. Aufsätze ꝛc. 2. Th. 4. Hauptabth. 7. Hptst. §. 20. Not. a. Joh. Adam Hennig practische Bemerkungen über Pachtcontracte, Pachtübernahmen u. Uebergaben. Leipzig 1805. Nr. I.

von 5 Rthlr. 8 Gr. erhielt, in welchem sie zur Zeit des Darlehens standen, den höheren Werth anrechnen kann, den sie zur Zeit der Wiederbezahlung haben, wenn sie z. B. jetzt 6 Rthlr. gelten sollten, sondern die Louisd'ors in dem Cours zurückzahlen muß, wie er sie empfangen hat, eben so wenig darf der Pächter dem Verpächter eine Kuh, welche in der Qualität, die sie jetzt hat, zur Zeit des Contracts auf 12 Rthlr. taxirt war, jetzt aber 20 Rthlr. gilt, in diesem höheren Preise anrechnen, weil sonst der Verpächter denselben Schaden, wie in jenem Falle der Gläubiger, leiden würde. Ein Anderes wäre es, wenn sich die Sache bei Endigung des Pachts wirklich in einem besseren Zustande befinden sollte, als bei Antritt des Pachts, so daß sie in diesem Zustande auch schon damals einen höheren Preis gehabt haben würde, als um welchen sie angeschlagen worden ist. Hier muß der Mehrbetrag des Werths dem Pächter billig vergütet werden [40]). Nach demselben Maaßstabe ist auch die Ausmessung des innern Werths zu machen, wenn der Preis derselben Stücke, welche zum Inventarium gehören, unterdessen gefallen seyn sollte. Der Pächter rechnet hier die Sache dem Verpächter, wie der Schuldner die Münze, in dem Preise an, in welchem er sie empfing [41]). Denn so wenig der Pächter aus dem höheren Preise der zurückgelieferten Inventarien-Stücke Nutzen ziehen darf, eben so wenig darf er, wenn die Preise gefallen sind, dadurch Schaden leiden. Man sieht hieraus, daß man, um richtig beurtheilen zu können,

40) Richter Diss. cit. de aestimatione instrumenti. §. 16.

41) Richter cit. Diss. §. 17.

ob die bei Endigung des Pachtes zurückgegebenen Stücke den beim Antritt des Pachtes in Empfang genommenen der Güte nach gleich sind, oder nicht, schlechterdings auf die gestiegenen oder gefallenen Preise Rücksicht nehmen müsse, weil man sonst einen offenbar unrichtigen Calculus ziehen, und die Intention der Contrahenten nicht erreichen würde [42]). Ist die Aestimation blos taxationis causa geschehen, so gibt der Pächter die noch vorhandenen Inventarien-Stücke bei Endigung des Pachtes zurück, wenn sie auch durch Gebrauch und Alter jetzt schlechter geworden wären, und er braucht dafür nichts zu vergüten. Denn er hat auch dafür seinen Pachtzins gegeben, und der Verpächter kann nicht doppelten Vortheil verlangen, zumal da die Sachen bei ihm selbst eben so geworden wären, wenn er sie gar nicht verpachtet hätte [43]). Wären sie freilich durch seine Schuld verdorben oder gar zu Grunde gegangen, so müßte er billig den Schaden nach dem taxirten verhältnißmäßigen Werthe ersetzen.

§. 1060.

Restitution der Sache. Strafe der Weigerung.

Der Conductor ist endlich III. verpflichtet, die Sache nach geendigtem Contracte mit Allem, was dazu gehört,

42) Wie das Verhältniß der bei Endigung des Pachts gestiegenen oder gefallenen Preise zu eruiren, und die ausfallenden Taxen gegen einander zu reduciren sind, ist ausführlich erörtert in Hennings angef. pract. Bemerkungen über Pacht-Contracte. Nr. II. Wie aber überhaupt bei der Würdigung des Inventariums zu verfahren sey, lehren Richter cit. Diss. §. 5—9. und von Trützschler a. a. O. §. 24.

43) Richter cit. Diss. §. 15.

jedoch mit Ausnahme des bei Gelegenheit der Sache von einem Dritten erhaltenen Gewinnes [44]), ungesäumt zurückzuliefern, woferne ihm nicht wegen verwandter Kosten und gemachter Verbesserungen, welche ihm der Locator ersetzen muß, ein Retentionsrecht zusteht [45]). Verweigert der Conductor ausserdem die Zurückgabe der Sache, so muß er dem Locator alles Interesse leisten, und er kann, wenn er es bis zur Definitiv-Sentenz kommen läßt, ausser der Restitution der Sache auch noch, einem invasor rei alienae gleich, zum Ersatze des Werthes verurtheilt werden [46]), oder, wenn die vermie-

44) *L.* 6. *D. h. t.* Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod, rei nomine, *furti actione* consecutus est. Westphal §. 1006.

45) Arg. *L.* 18. §. *ult. D. Comm. L.* 15. §. 2. *L.* 59. *D. de furt.* verglichen mit *L.* 55. §. 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 103. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 78. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u et w. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1993. nr. II.

46) *L.* 34. *C. h. t.* Imp. ZENO A. *Sebastiano* P. P. Conductores alienarum rerum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint: non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. Viele erklären zwar dieses Gesetz blos von der verweigerten Zurückgabe eines vermietheten oder verpachteten Grundstücks. VOET Comm. ad. Pand. h. t. §. 32. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1993. Bucher Recht der Forderungen §. 75. S. 150.

hete Sache eine bewegliche ist, und der Conductor den Vermiether boshaft um sein Eigenthum gebracht hat, so kann der Locator der Entschädigung wegen auch zum iuramento in litem gelassen werden[47]). Von dieser Verbindlichkeit zur Zurücklieferung der Sache befreit auch den Conductor nicht die Einrede des einem Dritten daran zustehenden Eigenthums, weil auch die Vermiethung fremder Sachen unter den Contrahenten gültig ist[48]). Schützt hingegen der Conductor die Einrede vor, daß die gemiethete Sache ihm selbst eigenthümlich zustehe, so tritt zwar hier nicht gleicher Grund ein, weil der Be-

Allein das Gesetz redet ganz allgemein von conductoribus alienarum rerum. Auch die Verordnung des Kaisers Valentinian *L.* 7. *Cod. Unde vi*, welche der K. Zeno vor Augen gehabt zu haben scheint, spricht von jedem, *qui alienarum rerum possessionem invasit.* Zwar wird das Wort *invadere* häufig von unbeweglichen Sachen gebraucht. *L.* 3. §. 8. *D. de vi.* Aber auch gewiß eben so oft von beweglichen Sachen. *L.* 1. §. 1. *D. de Usur.* *L.* 47. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Vollends aber läßt gar keinen Zweifel übrig die authentische Erklärung jener Constitutionen, welche wir im §. 1. *I. de vi bonor. raptor.* finden. Die Verordnung des Kaisers Zeno steht noch vollständiger *L.* 10. *Cod. Unde vi.* Viele wollen überhaupt die heutige Anwendbarkeit dieser Strafe bezweifeln. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 115. und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten. Allein ohne hinreichenden Grund. Man sehe Leyser Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIX. medit. 6.

47) *L.* 48. §. 1. *D. h. t.* Man sehe über diese Stelle Westphal §. 980. und den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 439.

48) S. Weber Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 86. f.

klagte hier nicht das Recht eines Dritten, sondern sein eigenes Recht an der Sache geltend zu machen sucht. Dennoch soll sich der Conductor nach einer gewissen Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 25. *Cod. h. t.* auch der Einrede des ihm zustehenden Eigenthums mit dem Erfolge nicht bedienen können, daß dieselbe erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde[49]). Indessen lehren die Worte des Gesetzes:

> Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, *et tunc de proprietate litigare*,

nicht undeutlich, daß hier ein solcher Fall vorauszusetzen sey, wo über das Eigenthum noch ein Streit Statt findet. Denn wäre das Eigenthum des Beklagten an der Sache sogleich klar erwiesen, so könnte freilich der Beklagte zur Restitution der Sache mit Recht nicht angehalten werden, weil ja dann der ganze Contract gleich Anfangs ungiltig gewesen wäre[50]). Es kann jedoch von der gedachten Vorschrift zum Besten des Klägers gegen den Beklagten nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Sache mit der Contractsklage zurückgefordert wird, und auch der Grund der Klage, nämlich der Contract an sich, von dem Beklagten zugestanden oder er-

49) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 41.

50) *L.* 45. *D. de div. reg. iur.* *L.* 20. *C. de loc. et cond.* Weber a. a. O. S. 87. ff. und Emminghaus ad *Cocceium* c. l. not. c. et d.

wiesen ist[51]). Denn wird der Beklagte von einem Dritten mit der Eigenthumsklage belangt, so muß er mit der Einrede des ihm selbst zustehenden Eigenthums vollständig gehört werden, wenn sie auch nicht sofort erwiesen werden kann[52]). Denn da diese Klage mit der persönlichen Verbindlichkeit des Beklagten und seinem Contractsverhältnisse nichts zu thun hat, sondern lediglich von der Begründung des dinglichen Rechts abhängt, welches dadurch verfolgt werden soll, so muß natürlich, wenn der Beklagte Einreden vorschützt, demselben die Ausführung dieser Einreden gestattet, inmittelst aber der Besitz dieser Sache ungestört gelassen werden[53]). Endlich kann auch die Zurückgabe der Sache nicht durch die Einrede einer Gegenforderung verweigert werden, welche mit dem Pachtcontract in keiner Verbindung steht[54]). Denn das Retentionsrecht setzt überhaupt ein debitum connexum voraus[55]). Nur in dem Falle würde eine

51) Es ist nicht nöthig, mit *Andr.* Mylius in Diss. de Condictione L. *Si quis conductionis* 25. C. de loc. cond. *Lipsiae* 1696. deshalb eine eigene Condiction anzunehmen. Dieß hat schon Boehmer Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. 8. §. 109. widerlegt.

52) *Ant.* Faber Error. Pragmaticor. Decad. VI. Err. 5. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 118. Weber a. a. O. S. 95. ff.

53) S. Weber a. a. O. 96. f.

54) Arg. *L. ult. Cod. Commodati.* S. *de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. et ad *Eundem* Emminghaus c. l. not. y. z. et a.

55) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 937. S. 125. ff.

Ausnahme Statt finden, wenn dem Pächter seiner e
verwendeten Unkosten und Meliorationen wegen ein Pf
recht an der Sache bewilligt worden wäre. Hält
Pächter die Sache nach geendigtem Contracte ohne Gr
zurück, so wird dieß als eine widerrechtliche Deject
des Locators angesehen, welchem, der Verpachtung un
achtet, noch immer der juristische Besitz der Sache
steht[56]). Der Verpächter kann sich daher auch der p
sessorischen Rechtsmittel gegen den Conductor bedien
nämlich des Interdicti unde vi, oder auch der act
spolii[57]), welche Rechtsmittel vortheilhafter sind,
die actio locati, da sie keine exceptiones altioris i
daginis zulassen[58]).

56) *L.* 3. §. 12. *L.* 30. §. 6. *D. de acquir. vel amitten possess.*

57) *L.* 12. *et L.* 18. *pr. D. de vi et vi armata.* Leyse Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXIX. medit. 4. et und *Iac. Gottl.* Sieber Commentat. de conductore fun spoliatore. *Goettingae* 1759. §. 6.

58) S. Sieber cit. Comm. §. 14.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



